歐美研究，第二十五卷第三期（民國八十四年九月），45-93
©中央研究院歐美研究所

美國最高法院司法審查權的行使：理論與實際

任冀平

一、前言

美國制憲時，聯邦派(Federalists)與反聯邦派(Antifederalists)對於是否賦予美國最高法院司法審查權，曾有相當大的爭議。[1] 聯邦派麥迪遜(James Madison)、漢米爾頓(Alexander Hamilton)等人認爲，民

作者現任職於東海大學政治系。
收稿日期：民國八十三年十一月八日；接收刊登日期：民國八十四年三月二十八日。

[1] 國內學者或將「美國最高法院」稱之爲「美國聯邦最高法院」。考其用意，乃在區辨聯邦最高法院(federal supreme court)與各州最高法院(state supreme court)之差異，避免混淆。然而，其是否適當以及必要，似值得商榷。其一，美國最高法院即爲聯邦最高法院，其英文名爲"The United States Supreme Court"。不論在美國憲法中，或學者用語上均如此稱之，並無將「美國最高法院」稱之爲「美國聯邦最高法院」者。譬如美國政府出版局(The U.S. Government Printing Office)的《美國最高法院判例彙編》(*The United States Supreme Court Reports*)，國會季刊社(Congressional Quarterly)的《美國最高法院導引》(*Guide to the U.S. Supreme Court*)，均以「美國最高法院」稱之，實不必另加「聯邦」(federal)二字。其二，美國最高法院乃是美國憲法明文規定的全國唯一最高的法院，除其之外並無任何法院可稱之爲「美國最高法院」。各州最高法院均冠以該州州名，或稱「密西根最高法院」(The Michigan Supreme Court)，或名「俄亥俄最高法院」(The Ohio Supreme Court)，與「美國最高法院」並無混淆之虞。

主政治乃是法治政治，民主政府依法行政，法律限制政府權力的行使，同時保障人民的自由權利。法院則介於政府與人民之間，超然獨立於政治之外，根據事實，適用法律，裁判爭訟。國會制定的法律，若侵害人民憲法上所保障的自由權利，法院得宣告其違憲無效，以防止國會濫權而淪爲多數暴政(majority tyranny)。麥迪遜說：「法官得認定違反人民自己所制定的憲法的法律無效。」[2] 漢米爾頓亦言：「任何議會法案與憲法牴觸者無效。」「法院爲人民與議會的中介，藉以約制後者，使其不致濫權。」[3]

然而，反聯邦派則認爲，民主政治乃是民意政治，國會制定的法律是否違憲，應由人民的代表，藉由選票來決定，而非由任命的法官，經由訴訟來判決。人民才是最後訴諸的政治法院，司法審查勢必導致司法至上(judicial supremacy)，違反民主政治多數統治的基本原理。[4] 蓋美國最高法院的司法審查權不同於總統的否決權，總統若否決國會參衆兩院通過的法案，國會還可以兩院三分之二的多數反否決。但是，最高法院若行使司法審查權，否決國會兩院制定，總統亦表同意而公布的法律，則國會與總統均無反否決之權，只能依據憲法第五條的規定，由國會提案修憲。在此情況下，最高法院的司法審查權，將使得最高法院位居國會與總統之上，不受政治的控制，而成爲「太上立法機關」(super legislature)。葉慈(Robert Yates)即批評最高法院的司法審查權，將使得最高法院的大法官，可以「依照自己的好惡來捏塑政府的體制」。[5]

---

[2] 引自 John Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy* (Ithaca, NewYork: Cornell University Press,1984), p.60.

[3] *The Federalist*, No.78, in Isaac Kramnick, ed., *The Federalist Papers* (New York: Penguin Books, 1987), pp.438-439.

[4] Leonard W. Levy, Kenneth L. Karst, and Dennis J. Mahoney, eds., *Encyclopedia of the American Constitution* (New York: Macmillan Publishing Company, 1986), Vol.l, p.59; Ross K. Baker, Gerald M. Pomper, and Wilson C. McWilliams, *American Government* (New York: Macmillan Publishing Company, 1987), pp.43-44.

[5] Alpheus Thomas Mason and Donald Grier Stephenson, Jr., *American Constitutional Law: Intro-*

爲釋群疑，以期美國憲法能在各州順利通過，漢米爾頓乃嚴辭駁斥反聯邦派葉慈等人的論點爲一種「幻覺」(a phantom)。據其分析，美國政府行政、立法、司法三部門中，以最高法院的權力最小，亦最微不足道。因其既不像國會，可以控制政府的「荷包」，也不如總統，能夠支配政府的「武力」，其所能做的只是「判斷」。即便是判斷，若要發生效力，還得仰賴國會與總統的幫助。因此，就最高法院的本質而言，其是既無力量，也無意志去侵害人民憲法上所保障的權利，是一個「危險性最小的部門」(the least dangerous branch)。[6] 縱使，在特殊情況下，最高法院偶而曲解憲法，而與國會發生衝突，國會亦可提出彈劾案，單就彈劾權而言，漢米爾頓認爲即是國會的「一項完全的保障」(a complete security)，最高法院絕不至甘冒危險去侵犯國會的權力。[7]

美國最高法院司法審查權的行使是否導致司法至上的爭議，在聯邦派與反聯邦派各據立場，各言其是的情況下，何者爲眞？著實令人困惑。若漢米爾頓所言爲眞，最高法院乃是權力最小的部門，那麼，權力最小的最高法院，如何能否決國會制定的法律，防止國會的濫權？反之，若葉慈所論爲實，最高法院可以任意釋憲擴權，那麼，任意釋憲擴權的最高法院將如何規範多數，對抗多數的情緒？

由於美國憲法最後並未明文賦予最高法院司法審查之權，這些理論上的疑竇，也就未能經由最高法院司法審查權實際上的行使而獲得澄清。直至一八〇三年，美國最高法院在*Marbury v. Madison*乙案中，正式創設了司法審查權，美國政治學者才得根據其近兩百

---

ductory Essays and Selected Cases, 10th ed. (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, Inc., 1993), pp.52-53; Albert P. Melone and George Mace, "Judicial Review: The Usurpation and Democracy Questions," in Elliot E. Slotnick, ed., *Judicial Politics: Readings from Judicature* (Chicago, IL: Nelson-Hall Publishers, 1992), pp.24-25.

6 *The Federalist*, No.78, 81.

7 *The Federalist*, No.81.

年來的實際行使，對當年這樁懸案，從事實證研究，而提出比較明晰的答案。本文擬從理論與實際這兩個層面，來分析美國最高法院司法審查權的行使，並說明其理論與實際間差距產生的原因，以及其行使的政治基礎。

二、理論上的爭議

美國最高法院司法審查權的爭議，與美國「憲法之父」麥迪遜的政治哲學有密切的關係。麥迪遜認爲，政府反映了人性，人是生性自由且自私的，而且常因資訊不足、激情以及恐懼而認知判斷錯誤。由於人性的不完美，常常使其自制力不足，因此政府權力不論集中在一個人、少數人或者很多人手裡，也不論其是經由世襲的，任命的，或是選舉的方式取得權力，其結果必然是暴政。[8]

民主政治固然是多數統治，多數統治不但是共和的原則，藉以對抗少數暴政(minority tyranny)，而且也是政府有效統治的基礎，但是多數統治則未必是民主政治。[9] 一個民主政府除了要能有效統治，更重要的還要能控制自己，不能因多數一時的意志，而去侵害人民的自由權利，否則即爲多數暴政。多數統治必須植基於人民的選舉投票，意見表達，以及集會結社等自由權利之上，多數統治並

---

[8] *The Federalist*, No.47, 51.

[9] 所謂多數統治乃指國會制定的法律，必須在國會中獲得百分之五十加一(50-percent-plus-1)的多數才算通過。而其所以強調百分之五十加一，則是基於民主政治主權在民(popular sovereignty)的原理。在民主政治主權在民的基礎上，選民一人一票(one person, one vote)，而且票票等值(one vote, one value)。若國會制定的法律採取三分之二，四分之三，而非二分之一的表決方式，其無異給予少數二倍（若採取三分之二表決）或三倍（若採取四分之三表決）的票值,使得少數成爲一種特殊優惠階級(specially favored class)，不符民主政治主權在民的基本原理。因此，唯有百分之五十加一的多數統治，才是民主政治運作的基礎。見Austin Ranney, *Governing: An Introduction to Political Science*, 6th ed. (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, Inc., 1993), pp.103-105.

非民主政治唯一的原則。[10]

爲了確保人民自由權利不受多數的侵害，政府權力必須有所限制。其限制的方法不能像英國那樣，只賴國會中的多數自制其權力的行使，而必須採行「輔助性預防辦法」(auxiliary precautions)，將政府權力從國會中區分出來，使其彼此牽制、平衡以及限制。尤其重要的是，政府權力必須臣服於法治之下，受法律的節制。[11] 這些輔助性預防辦法包括分權、制衡以及聯邦主義(Federalism)，具體表現在一七八九年的美國憲法之中。

依據美國憲法，聯邦政府區分爲行政、立法、司法三個部門，各有其權限，任何部門權力的行使，都必須獲得另外兩個部門的合作。法律非由單一的國會制定，而由參衆兩院共同決定。衆院可以否決參院所通過的法案，反之，參院也可以否決衆院所通過的法案。總統可以否決參衆兩院多數所通過的法案，反之，參衆兩院對於總統所否決的法案，可再以兩院三分之二的多數反否決。[12] 在此層層制衡之下，所謂的多數將不再是國會內部百分之五十加一的「單一多數」(monolithic majority)，而是政府各部門磋商、妥協而成的「少數聯盟」(coalition of minorities)。[13]

不過麥迪遜亦深知這種「以野心來對抗野心」，保障少數的政治策略，只不過是擴大對於多數的要求，增加多數一時形成的困難，並未能根本防止多數暴政。多數仍可以撕毀憲法這個「羊皮限制」(parchment barriers)。爲了確保法治，防止多數濫權，麥迪遜最後乃主張賦予最高法院守護憲法之權。[14] 最高法院得適用憲法，宣告

---

10 *The Federalist*, No.10, 49, 51.

11 *The Federalist*, No.51; Otis H. Stephens, Jr. and John M. Scheb, II, *American Constitutional Law* (St. Paul, MN: West Publishing Company, 1993), p.6.

12 見美國憲法第一條第七項第二款。

13 Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process* (Chicago: The University of Chicago Press, 1983), pp.8-9.

14 James E. Bond, *The Art of Judging* (New Brunswick: Transaction, 1987), pp.19-20.

國會兩院制定，總統公布的法律無效。而國會對於最高法院的憲法判決，卻不能反否決，只能提案修憲。結果在一個民主的政治體系，少數任命產生，而且任期終身的法官，居然可以否決民選國會多數所制定的法律。

麥迪遜這種爲防止少數暴政，而主張多數統治，但又害怕多數濫權，而賦予少數權力來否決多數的政治理論，引起反聯邦派極度的疑懼與不滿。其疑懼之因，在於民主政治雖然是法治政治，但法治政治則未必然是民主政治。法治政治並不表示法院適用法律（包括憲法），可以違背多數的意志，不負政治的責任。法治政治乃是民主政治發展的結果，而非民主政治產生的原因。若經由任命產生，而且任期終身的法官，可以否決民選議員的決議，崔德維爾(Thomas Tredwell)認爲，法官既可任意擴權，人民將不再是自己的主人，民主政治亦將名存實亡。[15]

其不滿之處，則爲美國憲法雖然是全國最高的法律，但這並不表示憲法即由最高法院來解釋。麥迪遜既然主張分權制衡，美國憲法亦規定行政、立法、司法三權分立而互等，那麼，爲何最高法院可以獨占解釋憲法之權，自居於政府三部門之上？傑弗遜(Thomas Jefferson)認爲，美國憲法並未賦予政府某一部門控制另一部門的權力，政府三部門當各在其對憲法的解釋下，來從事自身的工作。最高法院宣告國會法律違憲無效的權威，並不大於國會宣告最高法院的判決違憲無效。[16]

麥迪遜本人對於反聯邦派的質疑，並未提出具體的說明。不過，根據漢米爾頓的說辭，聯邦派所以主張賦予美國最高法院司法審查權，其主因有四。其一，麥迪遜雖然主張分權制衡，然而環顧美國政府行政、立法、司法三部門，卻以司法部門的權力最微不足

---

15 David M. O'Brien, *Constitutional Law and Politics: Struggle for Power and Governmental Accountability* (New York: W.W. Norton & Company, 1991), Vol.1, pp.25-26.

16 Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, 6th ed. (New York: Oxford University Press, 1993), pp.312-314.

道，亦最容易遭受其他兩個部門的侵犯，而淪爲政治的附庸。漢米爾頓認爲，不論司法部門淪爲國會的工具，或者落入總統的手中，都違背了麥迪遜分權制衡的政治理論。而且一旦政府分權制衡的原則被破壞，人民的自由權利亦將化爲烏有。[17] 證諸歷史，美國之所以獨立革命，其主因之一即在於英王喬治三世(King George III)的宰制法官，干涉司法。[18] 爲了防止「生性軟弱」(natural feebleness)的司法部門受制於國會或總統，不但破壞了美國分權制衡的政治體制，而且助紂爲虐去侵害人民的自由權利，漢米爾頓乃主張給予其特別的保障。這些特別的保障即包括了法官的終身任期制，以及法院的司法審查權。[19]

其二，美國憲法乃是有限憲法(limited constitution)，其制定的目的不只賦予政府權力，同時也在限制政府權力的行使。美國憲法第一條第九項既然規定，國會不得通過任何褫奪公權的法案(bills of attainder)，不得制定任何溯及既往的法律(ex-post-facto laws)等等，若國會制定的法律是否牴觸憲法，不由法院來判決，而由國會來表決，那麼，政府即可任意釋憲擴權，逾越憲法對其權力的限制。若政府可以隨時逾越憲法對其權力所設之限制，則制憲的目的何在？爲了確保憲治，唯有賦予最高法院司法審查權，使其成爲憲法的守護者，憲法才不致喪失其法律拘束力，而淪爲政治的道德。[20]

其三，依據美國憲法第三條第二項的規定，法院根據事實，適用法律，裁判爭訟，乃是司法部門的主要職責。而法院在審理爭訟的過程中，若兩種法律彼此發生衝突，則法院必須審查兩種衝突法律的性質，並從交相衝突的法則中，擇其位階高，效力大者予以適用，此乃法律的一般原則。美國憲法第六條第二項既然規定，憲法

17 *The Federalist*, No.78.

18 O'Brien, *Constitutional Law and Politics*, p.25.

19 *The Federalist*, No.78; Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, pp.64-65.

20 *The Federalist*, No.78, 81; George W. Carey, *The Federalist: Design for a Constitutional Republic* (Chicago: University of Illinois Press, 1989), pp.132-133.

爲全國最高的法律，那麼，當法律與憲法發生牴觸，法院自不得不適用「較高的法律」(superior law)，而宣告違憲的法律無效。因此，法院適用法律的本身，即隱含了法院的司法審查權。[21]

其四，最高法院宣告國會制定的法律違憲無效，並非反聯邦派所認爲「司法權高於立法權」，而是表示「人民的權力高於兩者」。蓋憲法乃是由人民所制定，代表「人民的意思」(the intention of the people)，而法律則是由人民的代表所制定，反映「人民代表的意思」(the intention of their agents)。法院所以宣告違憲的法律無效，乃是表示「人民代表的意思」不得高於「人民的意思」，否則即無異承認「代表大於本人」，「僕人高於主人」，以及「議員優於人民」。一部成文憲法與獨立的法院，在邏輯上不可避免地賦予了法院司法審查之權。[22]

然而，漢米爾頓的滔滔雄辯，並未能祛疑解惑說服反聯邦派。就反聯邦派而言，若最高法院的司法審查權乃在防止國會的濫權，而淪爲多數暴政，那麼，爲何最高法院就不可能濫權，而淪爲少數暴政？若兩者皆可能濫權，而淪爲暴政，那麼，爲何獨予最高法院否決國會制定的法律之權，而不能比照國會反否決總統的否決案一樣，賦予國會反否決最高法院的憲法判決之權？國會是否濫權，人民代表的意思，是否違背人民的意思，人民自可經由選舉來決定，何需法院來判決？[23]

次者，根據美國憲法第二條二項二款的規定，最高法院大法官乃由總統提名，參院多數同意後任命。在政治上，若人民的代表不能自居人民之上，來否決人民的意思，那麼，國會多數所選任的大法官，又豈可自居國會之上，來否決國會多數所制定的法律？漢米爾頓雖言，憲法乃是代表「人民的意思」，法律只是反映「人民代

21 *The Federalist*, No.78, 81, 82.

22 *The Federalist*, No.78.

23 Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, pp.65-66.

表的意思」，但其並未說明爲何最高法院比國會更能代表人民的意思，難道任命的法官比民選的議員更能代表人民？[24]

反聯邦派對於最高法院司法審查權的質疑，漢米爾頓並未能一一辯解澄清。不過，漢米爾頓認爲反聯邦派這些疑慮乃是無稽的、過慮的，甚至虛幻的。蓋就最高法院軟弱的本質而言，根本不可能去侵害國會或總統的權力。美國最高法院的司法審查權，是否導致最高法院妄自尊大，任意釋憲擴權，而不受政治的控制？雖然聯邦派與反聯邦派各據立場，詞鋒相對，反覆辯論，然而，由於雙方均乏充分實例佐證，不無主觀好惡與價值判斷之嫌，何者爲眞？何者爲僞？實難定論。不過，自從一八〇三年最高法院正式行使其司法審查權以來，近兩百年來的實際行使，卻提供了後世政治學者探其究竟，明其眞相的機會。

三、實際上的行使

由於聯邦派與反聯邦派的僵持不下，美國憲法最後並未明文規定最高法院的司法審查權。不過，聯邦派認爲，即便美國憲法未明文規定最高法院的司法審查權，最高法院亦將於審理訴訟案件的過程中行使該項權力。蓋不論根據美國憲法法治政府、分權、聯邦制以及人權法案(Bill of Rights)的一般原則；或者依據憲法第六條第二項憲法至高性條款(supremacy clause)，以及第三條第二項法院管轄事項的規定，制憲者都已經預設了最高法院的司法審查權。而聯邦派之所以未堅持於憲法中，明文規定最高法院的該項權力，乃是基於兩項考慮。其一，若於憲法中明文規定最高法院的司法審查權，將使得司法權在憲法上高於立法權及行政權，破壞三權分立的憲政體制。其二，既然最高法院終將行使其司法審查權，那又何必急於將其明文規定於憲法之中，徒增反聯邦派的疑懼，以及憲法在

24 Mason and Stephenson, *American Constitutional Law*, pp.40-41.

各州通過的困難。[25]

反聯邦派對於聯邦派的意圖並非全然不知，只是反聯邦派既無法否認，法院的司法審查權已經存在各州的事實，又不能提出根本防制之道。最後，只得採取釜底抽薪之計，於憲法第三條二項二款中，賦予國會決定最高法院上訴管轄權(appellate jurisdiction)範圍的權力，以節制最高法院藉由審理大量的上訴案件，來膨脹其司法審查權的行使。[26] 不過，反聯邦派亦知這種釜底抽薪的辦法，只是限制，而非禁止最高法院司法審查權的行使。最高法院仍可以根據憲法第三條二項二款初審管轄權(original jurisdiction)的規定，藉由審理初審案件來行使其司法審查權。

一八〇三年，最高法院終於在*Marbury v. Madison*乙案中，行使其司法審查權。在該案中，原告馬伯樂(William Marbury)依據一七八九年國會制定的法院法(Judiciary Act)，直接向最高法院申請執行令狀，強制被告國務卿麥迪遜，交出前任國務卿已經簽署的委任狀，以便其能就任哥倫比亞區的治安法官(Justice of the Peace for the District of Columbia)。但是，最高法院首席大法官馬歇爾(John Marshall)認爲，馬伯樂據以訴訟的一七八九年法院法第十三項，因賦予最高法院核發執行令狀的權力，逾越了憲法第三條二項二款最高法院初審管轄權的規定而無效，駁回馬伯樂要求委任之訴，並於判決文中指稱，「說明何者爲法律乃是司法部門的主要職權與責任…法律與憲法牴觸者無效。」[27]

---

25 Abraham, *The Judicial Process*, pp.301-302; Howard Ball, *Courts and Politics: The Federal Judicial System*, 2nd ed. (Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, Inc., 1987), pp.7-8; Mason and Stephenson, *American Constitutional Law*, p.40; Louis Fisher, *American Constitutional Law* (New York: McGraw-Hill, Inc., 1990), pp.43-46.

26 Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, p.60; Elliot E. Slotnick, "The Place of Judicial Review in the American Tradition: The Emergence of an Eclectic Power," in Slotnick, ed., *Judicial Politics: Readings from Judicature*, pp.4-5; David G. Barnum, *The Supreme Court and American Democracy* (New York: St. Martin's Press, 1993), pp.32-34.

27 Ronald E. Pynn, *American Politics: Changing Expectations*, 4th ed. (Dubuque, IA: Wm. C.

最高法院在該項判決中，雖然行使了司法審查權，但並未引發傑弗遜總統與國會的強烈不滿與報復。考其原因，主要在於傑弗遜總統與國會本就不願授予馬伯樂法官之職。最高法院駁回馬伯樂要求委任之訴的判決，符合國會與總統的期望，國會與總統自無反對的必要。其次，最高法院宣告違憲無效的法院法第十三項，乃是關於最高法院自身管轄權的事項，無涉國會與總統的職權。基於三權分立平等的原則，國會與總統自不便表示反對的意見。復次，馬歇爾雖言，說明何者爲法律乃是司法部門的主要職權與責任，以及法律與憲法牴觸者無效，但其並未堅持唯有最高法院才得說明何者爲法律。關於法律與憲法是否牴觸的爭議，馬歇爾認爲國會若不同意最高法院的法律見解，自可立法將其推翻，而不必訴諸政治的報復。由於馬歇爾並未否認，國會可以立法否決最高法院的法律見解，國會與總統自無需表示反對的立場。既然國會與總統均未堅持表示反對的意見，那麼，最高法院的司法審查權也就在長期行使，以及國會與總統的默認下而入憲，成爲憲法的一部分。[28]

美國最高法院自一八〇三年正式行使其司法審查權以來，至今已逾一百九十年。由其行使的次數來看，最高法院並非有系統地行使其該項權力，其行使輒因時期，以及問題的不同而有所差異。不過大致呈現逐年增加的趨勢。據美國政治學者包姆(Lawrence Baum)的研究，自一八〇三年至一九九〇年，最高法院總共宣布了一百二十六項國會制定的法律違憲無效。[29] 其中自一八〇三年至一八六

Brown,1993), pp.399-400; Thomas E. Patterson, *The American Democracy*, 2nd ed. (New York: McGraw-Hill, Inc., 1993), pp.73-75; *Marbury v. Madison, 1 Cranch 137 (1803)* in Alan Shank, ed., *American Politics, Policies, and Priorities*, 6th ed. (Dubuque, IA: Wm. C. Brown, 1993), pp.403-405.

28 Louis Fisher and Neal Devins, *Political Dynamics of Constitutional Law* (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1992), pp.11, 31.

29 美國最高法院總共否決了多少國會制定的法律，政治學者的統計並不一致，其原因在於，最高法院可能在同一項判決中，否決了數項聯邦法律，也可能在數項判決中，否決了同一項聯邦法律。見 Lawrence Baum, *The Supreme Court*, 4th ed.

五年內戰結束，逾一甲子期間，最高法院僅否決了兩項國會通過的法案。[30]

在此期間，最高法院所以未能經常行使其司法審查權，蓋慈(John B. Gates)認爲，乃是因爲最高法院的司法審查權，尚未獲得普遍的承認，而成爲一種憲政制度。[31] 不過，最高法院雖然未能經常行使其司法審查權，來否決國會通過的法案，但在同一期間，卻否決了三十九項各州制定的法律。[32] 其中包括一八一九年*McCulloch v. Maryland*，一八二四年*Gibbons v. Ogden* 等案。藉由否決各州制定的法律，最高法院一方面節制了各州權力的行使，奠定了聯邦政治體制的基礎；另一方面則樹立了自己的司法威信，確立了自己在美國憲政體系上的地位。[33]

一八六五年內戰結束後，最高法院行使司法審查權的次數顯著的增加。自一八六五年至一九三七年，最高法院總共否決了六十三項國會制定的法律（見表一）。其中自一八六五年至一九一九年，不到一甲子期間，最高法院即否決了三十五項國會通過的法案。一九二〇年至一九二九年，最高法院行使其司法審查權的次數愈爲頻繁，十年之間否決了十五項國會制定的法案。而一九三四年至一九三六年，短短三年之間，最高法院更一連否決了十二項聯邦法律，其中包括羅斯福(Franklin D. Roosevelt) 總統的主要新政(New

---

(Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc., 1992), pp.188, 207, 註九；John B. Gates, *The Supreme Court and Partisan Realignment* (Boulder, Colorado: Westview Press, 1992), p.208.

30 一八〇三年於*Marbury v. Madison* 乙案，否決了國會一七八九年制定的法院法 (the Judiciary Act)；一八五七年於*Dred Scott v. Sandford* 乙案，否決了國會一八二〇年制定的密蘇里妥協案(Missouri Compromise)。

31 Gates, *The Supreme Court and Partisan Realignment*, pp.36, 43.

32 David M. O'Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, 3rd ed. (New York: W.W. Norton & Company, 1993), p.63.

33 Stephens and Scheb, *American Constitutional Law*, pp.47-48.

Deal)法案。[34] 在此期間，尤其是一八七七年，美國政府結束軍管南方以後，由於急速工業化的結果，各種經濟問題，諸如反托拉斯、物價管制、最高工時、最低工資以及所得稅賦等層出不窮。最高法院司法審查權的行使，主要在限制政府介入經濟的活動，維繫資本主義的經濟體制，以及保障私人企業的利益。[35]

一九三〇年代以前，最高法院司法審查權的行使甚少觸及公民自由權(civil liberties)的問題，即便涉及亦鮮少保障弱勢團體的權益。一九三七年以後，最高法院司法審查權的行使，則逐漸由經濟問題轉向公民自由權的問題，保障少數民族、刑事被告以及政治異議人士的權利。[36] 不過，最高法院司法審查權行使的方向雖有所轉變，但其行使的次數卻不見減少，反而愈益增加。自一九三七年至一九九〇年，五十三年之間，最高法院如表一所示，總共否決了六十一項國會制定的法律。其中自一九三七年至一九五〇年代，由於行使方向的調整轉變，只否決了七項聯邦法律。自一九六〇年代開始，其行使的次數即迅速地竄升。自一九六三年至一九九〇年，二十七年之間（幾乎只佔最高法院行使司法審查權歷史的七分之一期間），最高法院卻否決了五十四項國會通過的法案（佔最高法院否決聯邦法律總數的三分之一以上）。[37]

由於美國最高法院司法審查權的行使不斷地增加，其政治影響力也就不斷地擴大。許多在政治上失去其利益的團體，紛紛轉向最高法院以求救濟，導致最高法院的訴訟案件急遽的增加。據統計，自一九五〇年至一九九〇年，四十年間，最高法院的訴訟案件幾乎增加了五倍。在一九五〇年，最高法院的訴訟案只有一千一百八十一件，至一九九〇年卻增加爲五千七百四十六件，而一九九一

---

34 Baum, *The Supreme Court*, pp.21-22, 187.

35 Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model* (New York: Cambridge University Press, 1993), pp.86-97.

36 Barnum, *The Supreme Court and American Democracy*, pp.87-91, 96-100.

37 Baum, *The Supreme Court*, pp.187-188, 195-200.

年更遽增爲六千三百一十六件，一年之間瞬即增加了五百七十件。[38] 據美國政治學者的研究，這些大量的訴訟案件，使得最高法院可以決定何時，對於何種政策問題，做出何種判決，而不必受司法機關不告不理角色的限制。[39]

美國最高法院既然可以主動行使其司法審查權，來介入政策問題的解決，否決國會制定的法律，那麼，其也就無異參與了政府政策的制定，而成爲一個政治機構。當初，漢米爾頓曾言，最高法院是既無力量，也無意志去侵害人民憲法上所保障的權利。然而，今日最高法院卻不但可以決定人民如何地生，也可以決定人民怎麼地死；不但可以決定人民如何地言論，也可以決定人民怎麼地信仰。舉凡人民從生到死的各項權利均可由其判決。[40] 當初，漢米爾頓亦言，最高法院絕不至於去侵犯國會的權力。然而，今日最高法院卻不但可以否決國會（包括各州議會）制定的法律，而且可以推翻下級法院（包括各州最高法院）的司法判決，即便總統發布的行政命令，亦可宣告其違憲無效。舉凡聯邦政府與各州政府間的關係，以及聯邦政府各部門間的權限，均可由其判定。[41]

尤其令人駭異的是，美國最高法院司法審查權的行使，並非根據憲法的論證 (reasoning)，而是基於最高法院大法官個人的政治態度與政策的偏好。[42] 蓋美國憲法非常簡要，既未能詳明規定人民的

---

38 Karen O'Connor and Larry J. Sabato, *American Government: Roots and Reform* (New York: Macmillan Publishing Company, 1993), p.326.

39 David Adamany, "The Supreme Court," in John B. Gates and Charles A. Johnson, eds., *The American Courts: A Critical Assessment* (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc., 1991), pp.8-9.

40 D. Grier Stephenson, Jr., Rebert J. Bresler, Robert J. Friedrich, and Joseph J. Karlesky, *American Government*, 2nd ed. (New York: Hapercollins Publishers, Inc., 1992), ch.4.

41 見 Duane Lockard and Watter F. Murphy, *Basic Cases in Constitutional Law*, 3rd ed. (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc., 1992), chs.2-3.

42 Christopher E. Smith, *Courts, Politics, and the Judicial Process* (Chicago: Nelson-Hall, Inc.,1993), ch.1.

各項權利，又未能明確劃分政府各部門的權限，無形中授予最高法院相當大的裁量權(discretion)。[43] 而最高法院大法官又非「法匠」(legal technician)，如分析法學派(School of Analytical Jurisprudence)布萊克史東(Sir William Blackstone)以及奧斯汀(John Austin)等人所言，只是「法律的喉舌」(the mouth of the law)，宣告什麼是法律而已。大法官有其自己的政治價值、信念、以及偏好，不同的大法官對於同一憲法條文有其不同的解釋與適用。[44]

據統計，最高法院大法官對於最高法院判決的「意見分歧率」(dissent rate)，自一七八九年至一九四一年，平均爲百分之十三點三。自一九四一年至一九四六年，跳升爲百分之四十九。自一九四六年至一九五三年，增加爲百分之七十五。自一九五三年至一九六九年，略降爲百分之六十九。而自一九七六年至一九八八年，則平均爲百分之六十六點五。易言之，自二次大戰以後，最高法院大法官對於最高法院判決，意見分歧的比率平均高達百分之六十以上。[45]

此外，據美國政治學者歐布里安(David M. O'Brien)的分析，最高法院也不必然遵循其自己的判例(precedents)。自一九三〇年代以降，最高法院即不斷地推翻其自己的判決。自一七八九年至一九九一年，最高法院總共推翻了二百零六項自己的判例（比否決國會制定的法案數還多），而其中有八成（共一百三十一項）以上發生在二次大戰以後。[46] 若美國憲法條文果眞體系完備，毫無缺漏；美國憲法文字果眞明確易懂，而無疑義；美國大法官果眞超然公正，無私無我，那麼，爲何最高法院大法官，對其自己的憲法判決，會有

---

43 Donald E. Lively, *Foreshadows of the Law: Supreme Court Dissents and Constitutional Development* (Westport, Connecticut: Praeger Publishers, 1992), pp.xviii-xix.

44 Walter F. Murphy and C. Herman Pritchett, *Courts, Judges, and Politics: An Introduction to the Judicial Process*, 4th ed. (New York: Random House, Inc., 1986), ch.1.

45 Adamany, *The Supreme Court*, p.23.

46 O'Brien, *Storm Center*, p.63.

不同的意見？而最高法院又爲何推翻其自己的憲法判決？

證諸實例，美國最高法院在馬歇爾（一八〇一年至一八三五年）擔任首席大法官的時候，可以擴大美國憲法第一條八項三款國會貿易權(commerce power)的解釋，來鞏固聯邦政府的地位，節制各州政府的權力；反之，在唐尼(Roger B. Taney)（一八三六年至一八六四年）出任首席大法官的期間，也可以縮小國會貿易權的解釋，來確保州權(states' rights)不受聯邦政府的侵犯。在一九三七年以前，最高法院可以縮小國會貿易權的解釋，來防止政府介入經濟的活動，維繫資本主義的經濟體制；反之，在一九三七年以後，最高法院也可以擴大國會貿易權的解釋，來支持政府管制經濟的措施，建立福利國家的經濟制度。[47] 因此憲法學者馬道衛(Gary McDowell)認爲，最高法院的司法判決「與大法官個人正義感的關係，尤勝於與憲法的關係」。[48]

美國最高法院大法官既非由選舉產生，其司法審查權又非由憲法賦予。但是，少數經由任命產生，而且任期終身的大法官，爲了防止國會濫權，卻可以依據自己的好惡，行使憲法所未賦予的司法審查權，來否決民選國會多數所制定的法律，確立、修正、甚至改變美國的憲政體制。當初，漢米爾頓雖言，最高法院乃是一個「危險性最小的部門」，然而，經過兩百年來的發展演變，今日最高法院卻成爲美國政客口中的「帝王法院」(imperial judiciary)。[49]

四、府會的反應

美國最高法院司法審查權的行使，雖然逐年地增加，其政治影

---

47 William C. Louthan, *The United States Supreme Court: Lawmaking in the Third Branch of Government* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, Inc., 1991), pp.48-62.

48 引自 Christopher E. Smith, *Politics in Constitutional Law: Cases and Questions* (Chicago: Nelson-Hall, Inc., 1992), p.40.

49 Theodore J. Lowi and Benjamin Ginsberg, *American Government: Freedom and Power* (New York: W.W. Norton & Company, Inc., 1994),ch.8.

響力也不斷地擴大，不過，這並不表示最高法院眞如傑弗遜所言，成爲一個「專制的部門」(a despotic branch)，可以代表少數來對抗多數，任意行使其司法審查權，來否決國會多數所制定的法律，而不受政治的控制，不負政治的責任。[50] 最高法院大法官法朗福特(Felix Frankfurter)即言：「我們並非從事一項獨立的判斷；我們是在立法機關的判斷下來從事判斷。」[51] 蓋依據美國憲政體制的運作，美國國會與總統不但可以杯葛最高法院的憲法判決，而且可以操控最高法院的大法官，甚至可以改變最高法院的結構，來迫使最高法院節制其司法審查權的行使。

以杯葛最高法院的憲法判決而言，美國國會與總統若不滿意於最高法院司法審查權的行使，其可以直接以言辭攻擊最高法院的憲法判決。國會議員雖非由全國性選區選舉產生，其批評最高法院憲法判決的影響亦不及總統，但其卻可以召開聽證會，藉由利益團體來鼓動風潮，表達其不滿的情緒。[52] 而總統則不但是國家元首，而且也是政黨領袖，動見觀瞻，其若抨擊最高法院的憲法判決，在媒體競相報導下，往往產生示範作用，導致人民爭相效尤，不服最高法院的判決。傑弗遜、傑克遜(Andrew Jackson)、林肯(Abraham Lincoln)、羅斯福、尼克森(Richard Nixon)乃至雷根(Ronald Reagan)等總統，均曾批評最高法院某些憲法判決之不當。[53] 這些批評所引起人民對於最高法院判決的不滿，不但損及最高法院的司法威信，而且威脅其憲法判決的正當性。

其次，國會與總統亦可採取相應不理的態度，來抵制最高法院

---

50 Louis Fisher, "One of the Guardians, Some of the Time," in Robert A. Licht, ed., *Is the Supreme Court the Guardian of the Constitution?* (Washington, D.C.: American Enterprise Institute, 1993), pp.84-85.

51 引自 Murphy and Pritchett, *Courts, Judges, and Politics*, p.612.

52 Henry R. Glick, *Courts, Politics, and Justice*, 3rd ed. (New York: McGraw Hill, Inc., 1993), pp.410-411.

53 Harry P. Stumpf, *American Judicial Politics* (New York: Harcourt Brace Jovanovich, Inc., 1988), pp.430-431.

的憲法判決。傑克遜總統即言：「既然馬歇爾已經做了他的決定，那麼就由他去執行。」林肯總統亦曾下令其司令官，拒絕服從首席大法官唐尼所發布的人身保護令（Writ of Habeas Corpus)。[54] 由於司法部門本就無力去執行其自己的判決，若行政部門不能以武力（包括警察與軍隊）支援，立法部門又不能以相關法案及經費配合，最高法院的憲法判決勢必失去其法律拘束力。舉例言之，一九五四年最高法院在*Brown v. Board of Education*乙案中，判決公立學校黑白學生應「解除隔離」，結果引起南方各州的強烈反抗。若非艾森豪(Dwight D. Eisenhower)總統與甘迺迪(John F. Kennedy)總統派兵強制執行，以及國會立法威脅，刪減採行隔離政策學區的經費補助，最高法院的該項判決，將失去其法律效力，而淪爲一種道德。[55]

復次，國會與總統也可以立法，來否決或限制最高法院的憲法判決。在法理上，國會若要否決最高法院的憲法判決，必須經由修憲的程序提出憲法修正案。但在政治上，最高法院憲法判決的位階，是否高於國會制定的法律，則不無疑問。傑弗遜、傑克遜以及林肯等總統均曾質疑，最高法院的憲法判決位階，可以高於國會制定的法律。前雷根政府司法部長米賽(Edwin Meese, III)認爲，憲法與憲律(constitutional law)不同，憲法乃是基本法 (fundamental law)，必須經由修憲才得變更。而憲律只是最高法院的憲法判決，乃是「最高法院發展出來的一套法律」(the body of law developed by the Supreme Court)，並非全國最高的法律。即便不經修憲亦得變更，否則最高法院爲何不經修憲即可將其推翻？[56]

既然最高法院的憲法判決並非憲法，只是法律，最高法院可以直接將其推翻，那麼國會自亦可以立法將其否決，或者至少限制其

---

54 Stephen L. Wasby, *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, 4th ed. (Chicago: Nelson-Hall, Inc., 1993), p.325.

55 Baum, *The Supreme Court*, p.237.; Robert A. Carp and Ronald Stidham, *Judicial Process in America*, 2nd ed. (Washington, D.C. : Congressional Quarterly, Inc., 1993), pp.361-363.

56 Fisher and Devins, *Political Dynamics of Constitutional Law*, pp.11-15.

在政治上的影響。一九六八年國會制定的「整體犯罪法案」(Omnibus Crime Bill)，即否決了最高法院三個憲法判決。[57] 一九八九年最高法院在 *Texas v. Johnson* 乙案中，判決焚燒國旗乃是一種政治表達 (political expression)，宣告禁止褻瀆國旗的德州法律違憲無效，國會立即制定「國旗保護法」(Flag Protection Act)，企圖否決最高法院該項憲法判決。[58] 一九七七年國會亦曾通過所謂「海德修正案」(Hyde Amendment)，以不給付墮胎孕婦「醫療補助」(Medicaid)，來限制最高法院一九七三年 *Roe v. Wade* 乙案判決的影響。[59] 據統計，最高法院宣告國會制定的法律違憲無效，而國會立法將其否決，或限制其效力的情形幾達百分之五十。[60]

此外，國會當然亦可名正言順地提案修憲，來否決最高法院的憲法判決。依據美國憲法第五條的規定，國會可以參衆兩院三分之二的多數提案，經全國四分之三的州同意來修改憲法，否決最高法院的憲法判決。雖然，國會以修改憲法的方式來推翻最高法院的憲法判決並不容易，蓋只要十三州，或者可能只要全國百分之五的選民，即可杯葛憲法修正案的通過。不過，自一七八九年以來，國會提出的三十三項修正案中，有二十七項獲得四分之三的州批准，而成爲憲法條文，其中包括了四項否決最高法院憲法判決的修正案。[61] 若扣除一七九一年同時通過的十項人權法案，則國會以修憲方法否決最高法院憲法判決的成功率幾近百分之二十五。

從操控最高法院的大法官來看，美國國會與總統，若不滿意於

---

57 Milton C. Cummings, Jr. and David Wise, *Democracy under Pressure: An Introduction to the American Political System*, 7th ed. (New York: Harcourt Brace Jovanovich, Inc., 1993), p.500.

58 Carp and Stidham, *Judicial Process in America*, p.360.

59 O'Brien, *Storm Center*, pp.401-402.

60 Glick, *Courts, Politics, and Justice*, p.409.

61 Stephenson, Bresler, Friedrich, and Karlesky, *American Government*, pp.45-46; Cummings and Wise, *Democracy under Pressure*, pp.55-56; Lee Epstein and Thomas G. Walker, *Constitutional Law for a Changing America: Rights, Liberties, and Justice* (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc., 1992), p.10.

最高法院司法審查權的行使，則其不但可以批評最高法院大法官，以表不滿，而且可以彈劾最高法院大法官，以示懲罰。羅斯福總統即因其「新政」法案屢遭最高法院的否決，而公開批評最高法院九位大法官爲「九位老賊」(nine old men)。[62] 而依據美國憲法第一條二項五款，三項六款，以及第二條第四項的規定，國會也可以彈劾聯邦法官，令其去職。自一七八九年行憲以來，國會總共彈劾了十二位聯邦法官，其中七位經參院判決有罪而去職。[63] 雖然，至今爲止，並無一位最高法院大法官因國會的彈劾而去職，但在國會彈劾的壓力下，最高法院大法官伏塔斯 (Abe Fortas) 卻不得不自行辭職。[64] 這種彈劾的陰影，使得最高法院大法官對其司法審查權的行使，無不戒慎恐懼，而知所節制。大法官何姆斯 (Oliver Wendell Holmes, Jr.)即言：「我們安安靜靜地在那兒，但是我們都知道，那是暴風眼中的寧靜。」[65]

次者，美國國會與總統，尤其是總統，也可以挑選政治意識形態與其相若之人，出任最高法院大法官，來影響最高法院的憲法判決。根據美國憲法第二條二項二款的規定，最高法院大法官由總統提名，經參院過半數同意後任命。雖然，美國憲法授予最高法院相當大的裁量權，最高法院的憲法判決也常常反映了大法官個人的政治價值與政策偏好，不過，總統卻可以從可能人選的實際政治經歷中，提名與自己屬於同一政黨，而且能夠相互配合，支持自己政策之人，出任最高法院的大法官，以節制最高法院司法審查權的行使，或者即便行使，也不致任意否決國會與總統所制定的法律。[66]

---

62 George McKenna, *The Drama of Democracy: American Government and Politics*, 2nd ed. (Guilford, Connecticut: Dushkin Publishing Group, Inc., 1994), pp.334-335.

63 Stephenson, Bresler, Friedrich,and Karlesky, *American Government*, p.488.

64 Elder Witt, *Guide to the U.S. Supreme Court*, 2nd ed. (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc., 1990),pp.656-657.

65 Abraham, *The Judicial Process*, p.370.

66 Henry J. Abraham, *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court*, 3rd ed. (New York: Oxford University Press, 1992), pp.65-66.

據統計，歷史上幾乎百分之九十的大法官，與其任命的總統屬於同一政黨，而截至一九九二年，歷任總統所提名的一百三十九位大法官人選，參院總共否決了二十八位，幾佔百分之二十的比例。[67]

再者，美國國會也可以不調增，或少調增最高法院大法官的薪俸，來表示其對最高法院憲法判決的不滿。依據美國憲法第三條第一項的規定，國會不得扣減最高法院大法官的薪水。但是，根據美國憲法第一條九項七款的規定，國會卻有權審核政府各部門的預算。因此，國會雖然不得扣減最高法院大法官的俸給，但是其卻可以採取不調增，或少調增最高法院大法官薪水的手段，來影響最高法院司法審查權的行使。據載，一九六四年國會即以調增聯邦法官年薪七千五百元，而只調增最高法院大法官四千五百元，兩者相差三千元，來表達其對最高法院在*Reynold v. Sims*乙案中，關於選區重劃(reapportionment)判決的不滿。[68] 大法官如同其他薪資階級，亦時感其待遇菲薄。一八五七年最高法院大法官柯惕斯 (Benjamin R. Curtis)，即以待遇微薄不足養家而辭職。[69] 國會這種調控大法官荷包的做法，不但影響大法官的生計，而且打擊大法官的銳氣，使得大法官不致任意否決國會制定的法律。

就改變最高法院的結構而論，美國國會若不滿意於最高法院的憲法判決，則其不但可以抨擊最高法院，以示警告，而且可以限制最高法院的上訴管轄權，以爲報復。歷年來，國會議員對於最高法院的抨擊可說無日或已。參議員諾瑞斯 (George W. Norris)即曾批評除了參衆議院之外，「我們實際上還有一個由九人所組成，名叫最高法院的立法機關。」其權力之大，大於由五百三十五人所組成的國會。[70] 某位衆議員亦曾抨擊最高法院，「比整個蘇聯對美國的威脅還大」。包姆認爲，美國國會對於最高法院這種言辭上的攻訐

67 Cummings and Wise, *Democracy under Pressure*, p.499.

68 Baum, *The Supreme Court*, p.235.

69 Witt, *Guide to the U.S. Supreme Court*, pp.658-659.

70 Abraham, *The Judicial Process*, pp.316-317.

與威脅，所造成的傷害尤勝於具體的制裁。[71]

而根據美國憲法第三條二項二款的規定，美國國會也可以限制最高法院的上訴管轄權，使得涉及某種聯邦法律的訴訟案件，諸如墮胎、學校禱告以及通學等，不得上訴最高法院。最高法院既不得審查這些訴訟案，自無從宣告這些訟案中所牽涉的法律違憲無效。[72] 一八六八年至六九年間，國會爲防止最高法院可能判決其所制定的「重建法案」(Reconstruction Acts)，因賦予軍事委員會(Military Commission)審判平民的權力而違憲無效，即曾立法限制最高法院不得審理關於人身保護令狀的上訴案。最高法院對於國會的該項限制，在理論上，本可宣告其違憲無效，但因憚於國會的情緒，而不得不在一八六九年 *Exparte McCardle* 乙案中予以承認。[73]

由於最高法院每年審理的訴訟案件中，來自其初審管轄權的不及百分之一，其他百分之九十九以上來自其上訴管轄權。比如一九六〇年，在最高法院一千九百四十件訴訟案中，並無一件來自其初審管轄權。即便一九八〇年，最高法院受理了二十四件初審案，但較諸該年的五千一百四十四件訟案，其所佔比例也不及百分之一，甚至只有百分之零點五。因此，國會若限制最高法院的上訴管轄權，則其無異架空了最高法院的司法審查權。[74] 據統計，自一九七二年至一九八五年，國會議員曾經提出一百二十八項限制最高法院上訴管轄權的法案。雖然這些法案最後均未獲得國會的通過，但其所形成的政治壓力，卻使得最高法院不得不調整其司法審查權的行使。[75]

---

71 Lawrence Baum, *The Supreme Court*, 3rd ed. (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc., 1989), pp.227, 230.

72 Barnum, *The Supreme Court and American Democracy*, pp.211-212.

73 Stephen P. Elliott, ed., *A Reference Guide to the United States Supreme Court* (New York: Facts on File Publications, 1986), pp.55-56.

74 Pynn, *American Politics: Changing Expectations*, p.408.

75 Jeffrey A. Segal, "Courts, Executives, and Legislatures," in Gates and Johnson, eds., *The American Courts: A Critical Assessment*, pp.385-387.

其次，美國國會亦可以增加，或減少最高法院大法官的人數，來影響最高法院司法審查權的行使。美國憲法對於最高法院大法官的名額並未明文規定。自行憲以來，最高法院大法官的人數曾經七次變動，從五人至十人不等。在一七八九年行憲之初，最高法院大法官爲六人，一八〇一年降爲五人，一八〇二年旋又回復爲六人，一八〇七年增爲七人，一八三七年又擴增爲九人，至一八六三年更增加爲十人，一八六五年則減爲七人，直至一八六九年才固定爲目前的九人。[76]

因此，國會若不滿意於最高法院的憲法判決，則其可以採取增加支持國會立場的大法官人數，或者採取遇缺不補，減少反對國會立場的大法官人數的方法，使得最高法院中支持國會的大法官居多數，而不致做出否決國會制定的法律的憲法判決。一九三七年羅斯福總統即因其「新政」法案屢遭最高法院的否決，而建議國會將最高法院大法官人數，從九人增加爲十五人。雖然，國會並未同意羅斯福總統這項「重組法院」(court-packing)的計劃，但最高法院卻迫於這項壓力而轉變其立場，自此以後承認羅斯福總統的「新政」法案。論者乃謔稱這項轉變爲「拯救九人的即時轉變」。[77]

最後，美國國會也可以改變最高法院憲法判決的表決方式，或者延遲最高法院的庭期，來防止最高法院司法審查權的行使。美國憲法非常簡要，對於最高法院的組織、庭期以及決議的方式均未加以規定。因此，國會可以立法決定最高法院憲法判決的表決方式，將其從多數表決法，改變爲特別多數表決法(extraordinary majority)，甚至一致表決法 (unanimity)。使得最高法院必須獲得三分之二，四分之三，五分之四，甚至全體大法官的同意，才得否決國會制定的法律。一九二三年，國會即曾提議將最高法院通過表決的人數，從

---

76 Stumpf, *American Judicial Politics*, p.129.

77 John F. Bibby, *Government by Consent: An Introduction to American Politics* (Washingtion, D.C.: Congressional Quarterly, Inc.,1992), pp.540-541.

五人提高爲七人，一九三六年，也曾主張將其提高爲六人，其目的即在遏阻最高法院任意行使其司法審查權，來否決國會制定的法律。[78] 同理，國會若顧忌其所制定的法律可能遭受最高法院的否決，則其亦可以採取延遲，甚至無限期延遲最高法院庭期的方法，來防止最高法院司法審查權的行使。一八〇二年，國會即因顧忌最高法院，可能宣告其在該年所制定的法院法違憲無效，而決議將最高法院的庭期延後十四個月召開。[79]

總括言之，美國最高法院所以否決國會制定的法律，乃是因爲最高法院認爲國會制定的法律違反了憲法。不過，最高法院雖然因爲適用憲法，而有否決國會制定的法律的權力，但是，這並不表示最高法院即有否決國會制定的法律的能力。蓋依據美國憲政體制，最高法院若要否決由國會多數制定，總統亦表同意而公布的法律，則其必須面對來自國會或總統的政治攻擊或報復，是否可行則不無疑問。當初，反聯邦派傑弗遜以及葉慈等人雖言，最高法院司法審查權的行使，將使得最高法院成爲一個「專制的部門」，可以「任意捏塑政府的體制」。但是，根據美國著名政治學者道爾 (Robert A. Dahl)的研究，美國最高法院並不能行使其司法審查權，來代表少數對抗多數，否決國會多數所制定的法律。其只能宣告、辯正以及合理化 (legitimate) 國會多數所制定的法律。[80] 憲法學者麥考斯基 (Robert G. McCloskey)也認爲，最高法院並不能爲保障少數人權，而適用憲法來對抗多數的情緒，最高法院節制其司法審查權的行使，乃是最高法院的生存之道，也是其司法尊嚴維繫的基礎。[81]

---

78 Baum, *The Supreme Court*, 3rd ed., p.228; Witt, *Guide to the U.S. Supreme Court*, p.662.

79 Witt, *Guide to the U.S. Supreme Court*, pp.662-663.

80 Robert A. Dahl, "The Supreme Court's Role in National Policy-Making," in Sheldon Goldman and Austin Sarat, eds., *American Court Systems: Readings in Judicial Process and Behavior*, 2nd ed. (New York: Longman, 1989), pp.593-598.

81 William Lasser, *The Limits of Judicial Power: The Supreme Court in American Politics* (Chapel Hill, NC: The University of North Carolina Press, 1988), p.246.

五、理論與實際差距之因

美國最高法院自一八〇三年行使其司法審查權以來，至今已逾一百九十年。在此近兩百年的實際行使，其不但否決了聯邦派麥迪遜與漢米爾頓等人的論點，而且也推翻了反聯邦派葉慈以及傑弗遜等人的說法。然而問題在於，爲何漢米爾頓認爲最高法院乃是「權力最小的部門」，而權力最小的最高法院，卻可以否決國會制定的法律？爲何傑弗遜指稱，最高法院將成爲「專制的部門」，而專制的最高法院，卻只能合理化國會所制定的法律？尤其令人不解的是，若最高法院既可以，又不能否決國會制定的法律，那麼，在何種基礎上，最高法院可以否決國會制定的法律？在什麼情況下，最高法院只能合理化國會制定的法律？

就否決國會制定的法律而言，美國最高法院所以可以否決國會制定的法律，乃是因爲最高法院的憲法判決反映了多數民意，這個多數民意所衍生的政治力，迫使國會與總統不得不接受最高法院的憲法判決。蓋美國國會議員與總統雖由選舉產生，然而這並不表示國會與總統就必然代表多數。而最高法院的大法官雖由任命產生，但這也不能證明最高法院就一定代表少數，或者反多數(counter majoritarian)。首先，美國國會議員選舉採行「單一選區相對多數代表制」(single-member district plurality system)，美國總統選舉採用「勝者全得」(winner-take-all system)的選舉制度。然而，不論採行單一選區相對多數代表制，或者採用勝者全得的選舉制度，均不能保證勝選者必然代表多數。據美國政治學者雷道格(Douglas Rae)的研究，美國國會議員選舉所採行的單一選區相對多數代表制，最易產生「製造的多數」(manufactured majority)。亦即某一政黨在選舉中並未獲得多數選票，但在國會中卻可以獲得多數席次而制定法律。據統計，自一九四五年至一九八〇年，美國國會議員選舉發生「製造的多數」的情形平均爲百分之十七。[82]

82 Arend Lijphart, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-*

而美國總統選舉所採用的勝者全得的選舉制度，則更容易造成總統的普選得票數(popular vote)，與所獲得的選舉人票數(electoral vote)，不成正比的現象。[83] 其結果不但導致「未得多數選票而當選爲總統」的「製造的多數」總統，甚至產生「得票數少於對手而當選爲總統」的「少數總統」(minority president)。據統計，美國總統未得多數選票，而當選爲總統的情形相當普遍。自一八二四年至一九九二年，四十三次總統選舉中，發生「製造的多數」總統的現象即有十五次(佔百分之三十四點九)。[84] 而美國總統選舉出現「少數總統」的情形則有三次，分別爲一八二四年的亞當斯(John Quincy Adams)總統，一八七六年的海耶斯(Rutherford B. Hayes)總統，以及一八八八年的哈里遜(Benjamin Harrison)總統。[85]

其次，美國獨特的選民登記制度(voter registration system)，使得美國國會議員與總統選舉的投票率向來不高。據統計，自一九二〇年至一九九二年，七十二年期間，美國總統選舉的投票率平均爲百分之五十左右。其中最高的一次爲一九六〇年的百分之六十二點八，最低的一次爲一九二〇年的百分之四十三點五。而美國國會議員選舉的投票率則更低，最高的一次爲一九六〇年的百分之五十八點五，最低的一次則爲一九二六年的百分之二十九點八。[86] 即便美國總統與國會議員的選舉均採多數代表制，美國總統最高也可能只代表了百分之三十一點四的民意，最低則可能僅反映了百分之二十

---

one Countries (New Haven: Yale University Press, 1984), pp.166-168.

83 D. Grier Stephenson, Jr., Robert J. Bresler, Robert J. Friedrich, and Joseph J.Karlesky, *American Government*, Brief Edition, (New York: Harpercolins College Publishers, 1994), pp.217-219.

84 最近的一次，即發生在一九九二年的總統選舉，克林頓(Bill Clinton)總統雖得百分之四十三的普選票，卻獲得百分之六十八點八的總統選舉人票(electoral vote)，而當選爲總統。見Lewis Lipsitz and David M. Speak, *American Democracy*, 3rd ed. (New York: St. Martin's Press, 1993), Appendix C.

85 Michael Nelson, ed., *The Presidency A to Z* (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc., 1992), pp.151-153.

86 Lipsitz and Speak, *American Democracy*, pp.310-314.

一點八的民意。美國國會最高則可能只代表了百分之二十九點三的民意，最低更可能僅反映了百分之十四點九的民意而已。

復次，依據美國憲法第一條五項一款的規定，美國國會以多數議員出席，爲其開會表決的法定人數 (quorum)，再以法定人數的多數來制定法律。但是，國會多數依多數決所制定的法律，卻可能只反映了國會四分之一的意見。若再涉及前述投票率及選舉制度等因素，則國會多數所制定的法律，即可能只反映了十六分之一（約百分之六）的民意而已。以一九六〇年，國會議員選舉投票率最高的一次，百分之五十八點五爲例，若國會議員選舉採取多數代表制，而非相對多數代表制，則國會也可能只代表了百分之二十九點三的民意。若國會再以多數議員出席，爲其開會表決的法定人數，則國會就可能只代表了百分之十四點七的民意。若國會再以法定人數中的多數來制定法律，那麼國會最後所制定的法律，也就可能只反映了百分之七點四的民意而已。因此，美國國會議員雖由選舉產生，但是由於選民投票行爲、選舉制度以及立法過程等諸多因素的影響，美國國會多數所制定的法律，並不必然反映了多數民意。

反之，美國最高法院大法官雖非由選舉產生，但其憲法判決亦可以反映多數民意。首先，美國最高法院大法官的任命過程，使得最高法院大法官不但必須具備法學的素養，而且還要具有相當的政治背景。據統計，自一七八九年至一九九一年，一百一十位大法官中，有四十二位不具法官資歷（其中包括八位首席大法官，佔首席大法官的半數），具有十年以上法官資歷的只有二十四位。但是，幾乎所有的大法官在被任命前，均具律師資格，且曾參與政治活動。[87] 法學的訓練，使得大法官自知爲維繫司法中立，必須避免介入政治。但是政治的歷練，卻使其深知法律乃是政治過程中，各種機構的活動所衍生的政治力，互動妥協的結果。因此，最高法院大法官雖鮮少參與政治活動，亦絕少接受媒體的採訪，但卻無不關切

87 Abraham, *Justices and Presidents*, pp.49-50.

政治的動態，注意民意的走向，以爲其憲法判決的考量。[88] 一九七六年最高法院大法官史都華(Potter Stewart)，在*Gregg v. Georgia*乙案中，即以「社會贊同謀殺罪的死刑」，爲其支持最高法院死刑判決的依據。[89]

次者，美國最高法院雖爲司法機關，但其測知民意的管道並不因此而受影響。美國最高法院司法機關的性質，使其對於受理的訴訟案件，僅能就訴訟當事人或其律師的供詞及證據，來適用法律裁判爭訟。並不能如同立法及行政機關一樣，可就爭議問題會見群衆、接受遊說、廣徵民意，以爲立法或制定政策的參考。但是，最高法院大法官仍可藉由私下會見政治意見領袖（包括總統及國會議員），觀察一般大衆對於下級法院同一憲法問題判決的反應，研究利益團體「法院之友摘要」(Amicus Curiae Briefs)的立場，注意大衆傳播媒體的評析，閱讀民衆的來信與電話紀錄，瞭解民意調查的報導，以及分析選舉結果的影響等管道，來研判社會大衆對於某一憲法問題的看法，俾其憲法判決能反映多數人民的價值，贏得多數民意的支持。[90] 據美國政治學者馬歇耳(Thomas R. Marshall)的研究，自一九三五年至一九八六年，半個世紀期間，美國最高法院一百四十六個判決中，有八十二個判決（佔百分之五十六）反映了多數民意，而其中否決國會制定的法律的判決，也有二分之一反映了全國民意，其與國會以及總統一樣可以反映多數民意。[91]

因此，美國最高法院司法審查權的行使並不必然反多數，其是否反多數，端視國會制定的法律是否代表了多數。若國會制定的法

---

88 Richard Davis, *The Press and American Politics: The New Mediator* (New York: longman, 1992), pp.179-184; Barbara M. Yarnold, *Politics and the Courts: Toward a General Theory of Public Law* (New York: Praeger Publishers, 1992), pp.7-10.

89 Barnum, *The Supreme Court and American Democracy*, p.199; Mason and Stephenson, *American Constitutional Law*, pp.399-402.

90 Baum, *The Supreme Court*, chs.3-4; O'Brien, *Storm Center*, chs.2, 4.

91 Thomas R. Marshall, *Public Opinion and the Supreme Court* (Boston: Unwin Hyman, Inc., 1989), ch.4.

律代表了多數，最高法院若予以否決，那麼最高法院的憲法判決即是反多數。反之，若國會制定的法律不能代表多數，最高法院若予以否決，那麼最高法院的憲法判決即是代表多數。美國最高法院的憲法判決既然可以代表多數，那麼這個多數民意所衍生的政治力，也就使得最高法院不再成爲當初漢米爾頓所認爲的「權力最小的部門」，而可以否決國會所制定的法律。

然而，從合理化國會制定的法律來看，美國最高法院所以只能合理化國會制定的法律，乃是因爲美國國會議員的定期選舉，使得國會制定的法律大致反映了多數民意。最高法院雖然可以否決國會制定的法律，但是這並不表示其可以經常否決國會所制定的法律，畢竟民主政治的選舉，仍是反映多數民意最有效，而且最具正當性的方法。自一八〇三年至一九九〇年，最高法院雖然否決了一百二十六項國會制定的法律，但是較諸國會歷年來通過的六萬餘項法案而言，則可謂九牛之一毛。[92] 據統計，自一九四七年至一九九〇年，美國國會總共通過了二萬四千四百一十七項法案，平均每年制定了五百五十五項法案，而最高法院每年平均所能否決的法案卻不到一項，只佔百分之零點一左右。[93] 最高法院否決國會制定的法律的次數所以不斷地增加，乃是因爲美國經濟日趨專業分工，社會日益多元分化，國會立法日漸增多，以及法律訟訴日愈頻繁的結果。[94]

其次，美國最高法院所否決的聯邦法律，大多是前幾任國會所制定，而且已經不合多數民意的法律。美國最高法院雖然可以否決國會制定的法律，但是這並不表示其可以經常否決現任國會所制定

---

92 Baum, *The Supreme Court*, p.186.

93 Harold W. Stanley and Richard G. Niemi, *Vital Statistics on American Politics*, 3rd ed. (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc., 1992), p.216.

94 Barbara Hinckley and Sheldon Goldman, *American Politics and Government: Structure, Process, Institutions, and Policies* (Glenview, Illinois: Scott, Foresman and Company, 1990), pp.373-375.

的法律，其所能否決的大多是前幾任國會所制定的法律。最高法院所以可以否決前幾任國會所制定的法律，乃是因爲當初支持這些法律的多數民意已經逐漸衰微，在現任國會中已經失去其多數的優勢，而不能反制最高法院司法審查權的行使。最高法院所以不易否決現任國會所制定的法律，則是因爲支持這些法律的多數民意仍舊堅實地存在，並在現任國會中據有多數的地位，而得以即時報復最高法院司法審查權的行使。據道爾的研究，最高法院否決國會制定的法律中，已經立法四年以上的佔百分之五十六，立法四年以內的雖佔百分之四十四，但其中卻有半數被國會重新立法推翻。[95] 因此，最高法院雖然可以否決國會制定的法律，但其僅能否決前幾任國會所制定，而且已經不合時宜的法律。

再者，美國最高法院只能零星式地否決國會認爲不重要的法律。美國最高法院與國會及總統，對於政策問題的關切面各不相同。大致言之，國會比較關切經濟問題，總統比較注意外交問題，而最高法院則比較重視人權問題。因此，最高法院若否決國會制定的法律，並不必然引起國會的重視與反擊。但是，最高法院若否決國會制定的重要政策，那麼國會與總統在多數民意的壓力下，自不得不予以反制。[96] 此外，最高法院若零星式地否決國會制定的法律，國會在民意未能明確表示的情況下，較不至於反應其不滿的情緒。但是，最高法院若系統性地否決國會制定的法律，企圖主導國會立法的方向，那麼國會與總統在多數民意的反彈下，就不得不予以報復。一九三七年以後，最高法院司法審查權的行使，所以從經濟問題轉向人權問題，即因最高法院一連串地否決國會所制定的新政法案，引起羅斯福總統的不滿，而試圖報復的結果。[97] 因此，最高法院雖然可以否決國會制定的法律，但是這並不表示最高法院可

95 Dahl, *The Supreme Court's Role in National Policy-Making*, pp. 596, 598.

96 *Ibid.*, pp.596-598; Baum, *The Supreme Court*, pp.184-185.

97 Stumpf, *American Judicial Politics*, pp.420-421; Baum, *The Supreme Court*, pp.192-198, 200-201; Wasby, *The Supreme Court*, p.314.

以否決國會制定的重要法案，以及可以系統性地否決國會制定的法律，來主導國會立法的方向。

美國最高法院所以可以否決國會制定的法律，乃是因爲其憲法判決反映了多數民意。但是，從其否決國會制定的法律的次數，時間以及方向來看，最高法院並不能經常代表多數民意，來否決國會制定的法律。蓋民主政治的選舉使得國會制定的法律大致反映了多數民意。這個多數民意所衍生的政治力，迫使最高法院不得不節制其司法審查權的行使。當初，傑弗遜雖言，最高法院司法審查權的行使，將使得最高法院成爲一個「專制的部門」，但是，國會議員與總統的定期選舉，卻使得專制的最高法院，不得不跟隨選舉的結果，而合理化國會所制定的法律。[98]

綜上所述，美國最高法院是既可以，又不能否決國會制定的法律。其所以可以否決國會制定的法律，乃是因爲其憲法判決反映了多數民意。其所以不能否決國會制定的法律，則是因爲國會制定的法律代表了多數民意。在民主政治下，不論最高法院的憲法判決，或者國會制定的法律，都必須以多數民意爲依歸。漢米爾頓所說，憲法乃是代表「人民的意思」，應指最高法院的憲法判決，必須反映多數民意。漢米爾頓所謂，法律只是反映「人民代表的意思」，應指國會制定的法律，不得違反多數民意。既然最高法院的憲法判決，與國會制定的法律，都必須以多數民意爲基礎，那麼最高法院在何種基礎上可以否決國會制定的法律，在什麼情況下不能否決國會制定的法律，其關鍵即在於國會制定的法律是否反映了多數民意。若國會制定的法律反映了多數民意，最高法院即難將其否決。反之，國會制定的法律不能反映多數民意，那麼最高法院即可將其否決。而國會制定的法律是否反映了多數民意，則需視民選國會與總統之間的互動關係而定，乃是美國政黨政治的一部分。

---

98 Cummings and Wise, *Democracy under Pressure*, p.500.

六、司法審查的政治基礎

美國最高法院司法審查權的行使，與國會制定的法律是否反映了多數民意有密切的關係。而國會制定的法律是否反映了多數民意，則與美國政黨政治的運作攸關。若國會與總統政治立場一致，其所組成的多數黨聯盟（majority party coalition）堅實穩固，則表示國會所代表的多數民意，與總統所代表的多數民意一致，國會制定的法律大致反映了多數民意，那麼最高法院即不易行使其司法審查權。反之，若國會與總統政治立場分歧，其所組成的多數黨聯盟鬆動不穩，則表示國會所代表的多數民意，與總統所代表的多數民意分歧，國會制定的法律並未能充分反映多數民意，那麼最高法院即可以行使其司法審查權。[99]

據道爾的研究，長期以來美國政治均由一個「支配性的全國聯盟」(dominant national alliance)所主導，具體表現在民選國會與總統的政治聯盟關係上。美國聯邦法律即由國會與總統所組成的「立法多數」(lawmaking majority)所制定。最高法院大法官雖然任期終生，然而這並不表示最高法院即可任意行使其司法審查權，來否決國會多數制定，總統亦表同意而公布的法律。據統計，最高法院平均每二十二個月即有一位大法官出缺，總統平均每二任（八年），即可任命四名以上政治意識形態與其相若之人出任大法官，來平衡最高法院的政治立場，左右最高法院的憲法判決。[100]

因此，最高法院只是國會與總統所組成的多數聯盟的一部分，並不能爲保障少數人權，而適用憲法來否決多數聯盟所制定的法律。只有在「短暫的過渡期間」，當國會與總統政治立場分歧，其所組成的政治聯盟出現鬆動不穩的情況，最高法院才得「冒著極大

---

99 Wallace Mendelson, *Judicial Review and Party Politics* (New York: Irvington Publisher, 1993), pp.447-457.

100 Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker* (New York: Irvington Publisher, 1993),pp.284-285.

的風險」，伺機行使其司法審查權，介入國會與總統之間的政治鬥爭，否決國會所制定的法律。[101] 縱觀美國憲政發展，美國國會與總統所組成的多數黨聯盟鬆動不穩，而予最高法院可乘之機的情況並不多見，大致不外兩種情形。其一，選民政治態度極化，而導致政黨重組(party realignment)。其二，選民政黨認同式微，而造成政黨解組(party dealignment)。

就政黨重組而言，美國最高法院所以可以行使其司法審查權，乃是因爲國會與總統所組成的多數黨聯盟發生分裂重組，而國會與總統所組成的多數黨聯盟所以發生分裂重組，則是因爲選民對於某些重要政治問題的態度嚴重分歧。這個政治立場嚴重分歧的選民，不但模糊了主要政黨意識形態的差異，引起社會的動盪不安；而且改變了主要政黨的選票基礎，促使各派系消長變化重新組合；甚至導致某些主要政黨的潰滅，以及長期執政的多數黨淪爲在野的少數黨。[102]

據美國政治學者的研究，美國政治上出現這種選民政治立場嚴重分歧，導致國會與總統所組成的多數黨分裂重組，而予最高法院可乘之機的情形，政治學者之間的看法並不一致，不過蓋慈認爲應有四次。其中包括一八五〇年代選民因奴隸問題而政治立場分歧，導致輝格黨(Whig Party)的覆亡，共和黨的崛起，以及執政的民主黨的分裂。一八九〇年代因自由放任經濟問題，而促使人民黨(Populist Party)與民主黨的合作，長期執政的共和黨失去其西部農民與東部工人的支持。一九二〇年代因勞資問題，而造成大量的工人階級與少數民族唾棄執政的共和黨，湧向在野的民主黨。一九五〇年代及六〇年代初則因民權問題，而使得南方各州的白人背離執政的民主黨，轉向在野的共和黨。[103]

---

101 *Ibid.*, pp.293-294.

102 Dean McSweeney and John Zvesper, *American Political Parties: The Formation, Decline and Reform of the American Party System* (New York: Routledge, 1991), ch. 4.

103 Jerold L. Waltman, *American Government: Politics and Citizenship* (St. Paul, MN: West

在此政黨重組期間，各種政治團體面對重要政治問題的立場各不相同，彼此爭勝，相互傾軋。最高法院由於大法官長期以來均爲多數黨總統所任命，政治意識形態與多數黨總統相若，爲鞏固多數黨的政治立場，確保多數黨的政治勢力，大都扮演「議程設定的角色」(agenda-setting role)，行使其司法審查權來支持「多數黨中總統的一翼」，打擊敵對政治團體在聯邦以及各州的立法。[104]

證諸實際，一八五七年最高法院即於 *Dred Scott v. Sandford* 乙案中，行使其司法審查權來支持多數黨（民主黨）布迦南(James Buchanan)總統傾向蓄奴的立場，打擊敵對政治團體（包括共和黨，輝格黨北方派及民主黨北方派）反對蓄奴的訴求。一八九五年最高法院亦於 *United States v. E. C. Knight Co.*, *Pollock v. Farmer's Loan and Trust Co.* 等案中，支持多數黨（共和黨）保守派維護資本主義經濟的立場，否決敵對政治團體（包括民主黨與人民黨）關於反托拉斯以及所得稅的立法。一九二〇年代最高法院亦曾於 *Bailey v. Drexel Furniture*, *Adkins v. Children's Hospital* 等案中，支持多數黨（共和黨）保守派迴護企業的立場，否決敵對政治團體（包括民主黨與共和黨改革派）所制定的童工法(Child Labor Law)與女性最低工資法(Minimum Wage Law for Women)。一九五〇年代及六〇年代初期，最高法院則於 *Brown v. Board of Education*, *Mapp v. Ohio*, 以及 *Gideon v. Wainwright* 等案中，支持多數黨（民主黨）自由派保障民權的政治主張，否決敵對政治團體（包括共和黨與民主黨南方派）侵害民權的立法。[105]

Publishing Company, 1993), pp.316-321; Gates, *The Supreme Court and Partisan Realignment*, pp.6-10.

104 David Adamany, "The Supreme Court's Role in Critical Elections," in Bruce Campbell and Richard Trilling, eds., *Realignment in American Politics* (Austin, TX: University of Texas Press, 1980), pp.249-257; Richard Funston, "The Supreme Court and Critical Elections," *American Political Science Review* 69 (1975): 800-806; Gates, *The Supreme Court and Partisan Realignment*, pp.20-21.

105 Gates, *The Supreme Court and Partisan Realignment*, chs. 2-5.

據美國政治學者范嗣同(Richard Funston)的分析，美國最高法院於政黨重組期間，否決國會制定的法律的頻率不但高於平時，而且國會所立之法，不到四年，即爲最高法院否決的情形，更爲平時的三點一倍。[106] 美國最高法院於政黨重組期間，行使其司法審查權的頻率所以高於平時，即是因爲在此期間國會與總統的政治立場分歧，其所組成的多數黨鬆動不穩。在國會所代表的多數民意，與總統所代表的多數民意，彼此衝突的情況下，國會制定的法律並不必然代表了多數民意，而最高法院的憲法判決，則至少反映了總統這一翼的多數民意。總統這一翼的多數民意所衍生的政治力，使得最高法院可以對抗來自敵對政治團體的攻擊，而否決國會制定的法律。

從政黨解組來看，美國最高法院所以可以行使其司法審查權，並非因爲國會與總統所組成的多數黨分裂重組，而是因爲國會與總統分屬不同政黨，根本未能組成一個明確的多數黨。而國會與總統所以分屬不同政黨，未能組成一個明確的多數黨，則是因爲選民政黨認同感的式微。據統計，自一九六〇年代以來，美國選民政黨認同感即逐漸地式微，而獨立選民則不斷地增加。一九六〇年自認爲民主黨或共和黨的選民計有百分之七十七，至一九九二年則下降爲百分之六十七，相差十個百分點。而同一期間，一九六〇年自認爲獨立選民的有百分之二十三，至一九九二年則增加爲百分之三十三，上升了十個百分點。[107]

這個政黨認同感逐漸式微的選民，不但導致選民投票率逐年地下降，而且造成選民選票分裂(ticket-splitting)的情況不斷地升高。據調查，一九六〇年總統選舉的投票率爲百分之六十二點八，而一九九二年則下降爲百分之五十五。一九六〇年衆議員選舉的投票率爲百分之五十八點五，而一九九二年則下降爲百分之四十七點

106 Funston, *The Supreme Court and Critical Elections*, pp.804-805.

107 Cummings and Wise, *Democracy under Pressure*, p.317.

七。[108] 反之，一九六〇年選民選票分裂的情形爲百分之十四，而一九八八年則增加爲百分之二十五。[109] 由於平均有四分之一的美國選民，於總統與國會議員的選舉中，同時將選票投給不同政黨的候選人，亦即於總統選舉時將選票投給共和黨的候選人，而同時於國會議員的選舉中將選票投給民主黨的候選人；或者於總統選舉時將選票投給民主黨的候選人，而同時於國會議員的選舉中將選票投給共和黨的候選人。自一九六一年至一九九三年，三十二年期間，美國國會與總統分屬不同政黨的情形即有二十年。其中共和黨掌控總統二十年，民主黨主導國會二十六年。[110]

據美國政治學者艾德曼尼(David Adamany)的研究，美國最高法院自一九六〇年代政黨解組以來，否決國會制定的法律的次數即不斷地增加。如表一所示，一九五〇年代最高法院只否決了五項國會制定的法律，一九六〇年代即竄升爲十六項，一九七〇年代則增加爲二十項，至一九八〇年代雖略減爲十八項，但平均每年否決了二項國會制定的法律，其頻率爲本世紀以來的兩倍，行憲以來的四倍。[111] 美國最高法院於政黨解組期間，行使其司法審查權的次數所以不斷地增加，除了因爲選民投票率的低落，使得國會與總統未能藉由選舉來充分反映多數民意之外，更主要的原因則是因爲選民選票分裂，使得國會與總統分屬不同政黨，政治立場分歧，未能組成一個明確的多數黨，來節制最高法院司法審查權的行使。在國會所代表的多數民意，與總統所代表的多數民意混沌不明，或者相互衝突的情況下，最高法院即可伺機行使其司法審查權，來介入國會與總統之間的政治鬥爭，支持或否決國會所制定的法律。

美國最高法院所以可以行使其司法審查權，乃是因爲國會與

---

108 *Ibid.*, p.308.

109 Ranney, *Governing: An Introduction to Political Science*, p.204; Stanley and Niemi, *Vital Statistics on American Politics*, p.146.

110 Cummings and Wise, *Democracy under Pressure*, p.322.

111 Adamany, *The Supreme Court*, p.23.

總統政治立場分歧，其所組成的多數黨發生分裂重組，或是因爲國會與總統分屬不同政黨，而未能組成一個明確的多數黨。不過最高法院雖然可以行使其司法審查權，然而觀諸美國政黨政治的實際運作，最高法院是否可以經常行使其司法審查權，而不受國會與總統的節制則不無疑問。據統計，自一八〇一年至一九九三年，一百九十二年期間，美國國會與總統由一黨主控的期間，即有一百二十八年(佔三分之二期間)，而由一黨連續掌控的期間，亦長達一百一十四年。其中自一八〇一年至一八二九年，共和黨主控二十六年；自一八二九年至一八六一年，民主黨主導十八年；自一八六一年至一九三三年，共和黨主掌四十年；自一九三三年至一九九三年，民主黨主政三十年。[112]

因此，在恆常情況下，美國最高法院只是美國國會與總統所組成的多數黨聯盟的一部分，並不能如聯邦派所言，爲保障少數人權而適用憲法，來否決民選國會與總統所制定的法律。美國最高法院既然不能行使其司法審查權，來否決國會與總統所制定的法律，那麼，爲何聯邦派仍倡言賦予最高法院司法審查之權？考其原因，則是因爲美國制憲時，聯邦派與反聯邦派對於聯邦政府與各州政府應如何分治，有相當大的爭議。聯邦派鑑於邦聯政府(Confederal Government)的軟弱無能，而主張增強聯邦政府的權力。反聯邦派則以爲強大的聯邦政府容易侵害人權，而強調州權至上。最後，美國憲法雖然明文列舉聯邦政府的各項權力，但並未就聯邦政府與各州政府的權限做出明確的劃分。[113]

在此情形下，漢米爾頓認爲，全國若無一個具有「最高和最後裁判權的法院」(court of supreme and final jurisdiction)，來判決一切與憲法牴觸的法律無效，那麼各州政府即可任意釋憲擴權，對於聯邦法律做不同的適用。其結果將重蹈邦聯政府統治下，各州政府各自

112 McSweeney and Zvesper, *American Political Parties*, pp.59-60.

113 Stephenson, Bresler, Friedrich, and Karlesky, *American Government*, pp.34, 44.

爲政而分崩離析的覆轍。[114] 漢米爾頓於聯邦論第八十篇中說：「十三州的獨立法院，對於同一法律所衍生的相同案件，都具有最後的裁判權，這是政府的一項大患，其只有引發衝突和混亂。」[115] 爲了防止各州政府違憲擴權，侵害聯邦政府的權力，聯邦派乃主張賦予最高法院司法審查權，來節制各州政府權力的行使，以維繫聯邦政府的有效統治。

證諸實際，如表一所示，自一七九〇年至一九九〇年，兩百年間，美國最高法院雖然判決一百二十六項國會制定的法律違憲無效，但在同一期間，卻宣告了一千一百九十項各州政府制定的法律無效，幾達最高法院判決國會制定的法律違憲無效數的十倍。最高法院大法官何姆斯亦言：「我不認爲如果我們失去宣告國會法案無效的權力，美國就會垮掉。但我卻認爲如果我們不能對各州的法律做出無效的宣告，美國將陷於危阨之中。」[116]

因此，美國最高法院的司法審查權，乃是因應美國聯邦政治體制而產生的。其行使的主要目的，不在否決國會與總統所制定的法律，而在合理化聯邦政府所制定的法律，來防止各州政府的違憲擴權，以維繫聯邦政府的有效統治。只是聯邦派既然賦予最高法院司法審查權，來宣告各州政府制定的法律違憲無效，自不得不承認最高法院亦得行使其司法審查權，來宣告聯邦政府制定的法律違憲無效。究其根本，並無鼓勵最高法院行使其司法審查權，來否決國會制定的法律，保障少數人權的意思。否則，聯邦派爲何未將人權法案規定於憲法之中？今日美國最高法院所以行使其司法審查權，來否決國會制定的法律，乃是因爲美國政黨政治運作的結果。其目的乃在打擊敵對政治團體的勢力，來確保多數黨（執政黨）的統治。不過，即便最高法院行使其司法審查權，來否決國會制定的法律，

114 *The Federalist*, No.80, 81.

115 *The Federalist*, No.80.

116 引自 Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court* (New York: Oxford University Press, 1993), p.43.

打擊敵對政治團體的勢力，以確保多數黨的統治，其仍然必須以多數民意爲基礎。

七、結論

美國最高法院所以可以行使其司法審查權，來否決國會制定的法律，並非因爲美國憲法的位階高於國會制定的法律，而是因爲其憲法判決反映了多數民意。這個多數民意所衍生的政治力，迫使國會與總統不得不接受最高法院的憲法判決。不過，最高法院雖然可以行使其司法審查權，來否決國會制定的法律，而其是否可以行使司法審查權，則必須視國會與總統之間的政治關係而定，乃是美國政治過程的一部分。在美國多數民意所衍生的政治力，不只可以直接表現在國會議員的選舉之中，而且可以間接反映在總統的選舉之中，甚至可以法律訴訟於最高法院的判決之中。不論國會立法權的行使，或者總統否決權的行使，乃至最高法院司法審查權的行使，都必須以多數民意爲基礎。美國聯邦法律的制定，乃是國會、總統以及最高法院三者之間相互制衡，互動妥協的結果。

國會制定的法律是否代表了多數民意，不但必須經過總統所代表的多數民意的檢驗，而且還要接受最高法院所代表的多數民意的查證。最高法院司法審查權的行使，與總統否決權的行使一樣，乃在檢驗以及確認國會制定的法律是否反映了多數民意。若國會制定的法律確實反映了多數民意，那麼，最高法院即不易行使其司法審查權。反之，若國會制定的法律不能反映多數民意，那麼，最高法院即可以行使其司法審查權。而國會制定的法律是否反映了多數民意，則可由國會與總統選舉的結果來加以檢驗。蓋民主政治的選舉制度，使得國會與總統比最高法院更能迅速有效地反映多數民意。

若國會與總統選舉的結果，使得國會與總統均由同一政黨所掌控，其表示國會所代表的多數民意，與總統所代表的多數民意一

致。國會制定的法律，在總統的確認下，大致反映了多數民意，最高法院即不易行使其司法審查權。反之，若國會與總統選舉的結果，導致國會與總統分屬不同政黨，或雖屬同一政黨，但其政黨發生分裂重組，則表示國會所代表的多數民意，與總統所代表的多數民意分歧。國會制定的法律，在總統的質疑下，並未能充分反映多數民意，最高法院即可伺機行使其司法審查權。易言之，最高法院是否可以行使其司法審查權，端視國會與總統選舉的結果是否一致而定。

由於長期以來，美國國會與總統選舉的結果，使得國會與總統大多由一個多數黨所主導。個同時掌控國會與總統的多數黨，不但主導制定了聯邦法律，而且還共同決定了最高法院大法官的任命。最高法院只是國會與總統所組成的多數黨聯盟的一部分，其司法審查權的行使，不得不跟隨國會與總統選舉的結果，合理化國會與總統所制定的法律。既然最高法院司法審查權的行使，乃在合理化聯邦政府所制定的法律，那麼，當聯邦政府所制定的法律，與各州政府所制定的法律發生衝突，最高法院自不得不宣告各州政府制定的法律違憲無效，來確保聯邦政府的有效統治。美國最高法院乃是美國聯邦政府與各州政府間唯一的聯結點，其司法審查權的行使，則是聯邦政府用以控制各州政府的政治工具。

由此觀之，當初制憲時，聯邦派與反聯邦派對於最高法院司法審查權之爭議，各有其是非之處。就聯邦派而言，聯邦派認爲美國政府行政、立法、司法三部門之中，以最高法院的權力最小，亦最不可能去侵犯國會的權力。而實際上最高法院也確如漢米爾頓所預言的，始終在政治部門的控制之下。只有在短暫的過渡期間，當掌控國會與總統的多數黨鬆動不穩，最高法院才得伺機行使其司法審查權。不過，最高法院雖然可以行使其司法審查權，而其司法審查權的行使卻非聯邦派所言，乃是爲了保障少數人權，而是用以確認國會制定的法律是否反映了多數民意。

從反聯邦派言之，反聯邦派認爲最高法院司法審查權的行使，將使得最高法院可以依照自己的好惡去捏塑政府的體制。證諸實際，最高法院也眞如葉慈所疑懼的，行使其司法審查權來否決各州政府制定的法律，擴大聯邦政府的權力。不過，最高法院雖然可以行使其司法審查權，來否決各州政府制定的法律，而其是否可以行使司法審查權，則非反聯邦派所稱乃是依據自己的好惡，而是基於國會與總統選舉的結果所反映的多數民意。

因此，美國最高法院司法審查權的行使，不論在於防止國會的濫權，或者用以遏阻各州的擴權，都必須以多數民意爲基礎。既然最高法院司法審查權的行使，乃在確保民主政治的多數統治，不在保障少數人權，那麼，美國人民憲法上所保障的自由權利，仍應由人民自己經由選舉來加以保障，而非由法官藉由判決來予以保護。美國最高法院首席大法官魏特(Morrison R. Waite)即言：「防止立法機關的濫權，人民應訴諸選舉而非法院。」[117]

117 Henry J. Abraham, *The Judiciary: The Supreme Court in the Governmental Process*, 9th ed. (Dubuque, IA: Wm. C. Brown Communications, Inc., 1994), p.75.

附錄

表一 美國最高法院宣告違憲的聯邦、各州以及地方法案數

年	聯邦	州與地方
1789-1799	0	0
1800-1809	1	1
1810-1819	0	7
1820-1829	0	8
1830-1839	0	3
1840-1849	0	9
1850-1859	1	7
1860-1869	4	23
1870-1879	7	36
1880-1889	4	46
1890-1899	5	36
1900-1909	9	40
1910-1919	6	118
1920-1929	15	139
1930-1939	13	93
1940-1949	2	57
1950-1959	5	61
1960-1969	16	149
1970-1979	20	193
1980-1990	18	164
合計	126	1,190

資料來源：Lawrence Baum, *The Supreme Court*, 4th ed. (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1992), pp.188, 190.

參考文獻

Abraham, Henry J. 1994. *The Judiciary: The Supreme Court in the Governmental Process*, 9th ed. Dubuque, IA: Wm.C. Brown.

_____. 1993. *The Judicial Process*, 6th ed. New York: Oxford University Press.

_____. 1992. *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court*, 3rd ed. New York: Oxford University Press.

Adamany, David. 1991. "The Supreme Court." In John B. Gates and Charles A. Johnson, eds. *The American Courts: A Critical Assessment*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly.

_____ . 1980. "The Supreme Court's Role in Critical Elections." In Brace Campbell and Richard Trilling, eds. *Realignment in American Politics*. Austin, TX: University of Texas Press.

Agresto, John. 1984. *The Supreme Court and Constitutional Democracy*. Ithaca, New York: Cornell University Press.

Baker, Ross K., Gerald M. Pomper, and Wilson C. McWillims. 1987. *American Government*. New York: Macmillan.

Ball, Howard. 1987. *Courts and Politics*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall.

Barnum, David G. 1993. *The Supreme Court and American Democracy*. New York: St. Martin's Press.

Baum, Lawrence. 1992. *The Supreme Court*, 4th ed. Washington, D.C.: Congressional Quarterly.

_____ . 1989. *The Supreme Court*, 3rd ed. Washington, D.C.: Congressional Quarterly.

Bibby, John F. 1992. *Government by Consent: An Introduction to American*

Politics. Washington, D.C.: Congressional Quarterly.

Bond, James E. 1987. *The Art of Judging*. New Brunswick: Transaction.

Carey, George W. 1989. *The Federalist: Design for a Constitutional Republic*. Chicago: University of Illinois Press.

Carp, Robert A. and Ronald Stidham. 1993. *Judicial Process in America*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly.

Choper, Jesse H. 1983. *Judicial Review and the National Political Process*. Chicago: The University of Chicago Press.

Cummings, Milton C., Jr. and David Wise. 1993. *Democracy under Pressure*. New York: Harcourt Brace Jovanovich.

Dahl, Robert A. 1993. *Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker*. New York: Irvington.

_____. 1989. "The Supreme Court's Role in National Policy-Making." In Sheldon Goldman and Austin Sarat, eds. *American Court Systems: Readings in Judicial Process and Behavior*, 2nd ed. New York: Longman.

Davis, Richard. 1992. *The Press and American Politics: the New Mediator*. New York: Longman.

Elliott, Stephen P., ed. 1986. *A Reference Guide to the United States Supreme Court*. New York: Facts on File.

Epstein, Lee and Thomas G. Walker. 1992. *Constitutional Law for a Changing America: Rights, Liberties, and Justice*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly.

Fisher, Louis. 1993. "One of the Guardians Some of the Time." In Robert A. Licht, ed. *Is the Supreme Court the Guardian of the Constitution?* Washington, D.C.: American Enterprise Institute.

_____. 1990. *American Constitutional Law*. New York: McGraw-Hill.

_____ and Neal Devins. 1992. *Political Dynamics of Constitutional*

Law. St. Paul, Minn: West Publishing.

Funston, Richard. 1975. "The Supreme Court and Critical Elections." *American Political Science Review* 69: 795-811.

Gates, John B. 1992. *The Supreme Court and Partisan Realignment*. Boulder, Colorado: Westview Press.

Glick, Henry R. 1993. *Courts, Politics, and Justice*, 3rd ed. New York: McGraw-Hill.

Hinckley, Barbara and Sheldon Goldman. 1990. *American Politics and Government: Structure, Process, Institutions, and Policies*. Glenview, Illinois: Scott, Foreman and Company.

Kramnick, Isaac, ed. 1987. *The Federalist Papers*. New York: Penguin.

Lasser, William. 1988. *The Limits of Judicial Power*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press.

Levy, Leonard W., Kenneth L. Karst, and Dennis J. Mahoney, eds. 1986. *Encyclopedia of the American Constitution*. New York: Macmillan.

Lijphart, Arend. 1984. *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-one Countries*. New Haven: Yale University Press.

Lipsitz, Lewis and David M. Speak. 1993. *American Democracy*, 3rd ed. New York: St. Martin's.

Lively, Donald E. 1992. *Foreshadows of the Law: Supreme Court Dissents and Constitutional Development*. Westport, Connecticut: Praeger.

Lockard, Duane and Walter F. Murphy. 1992. *Basic Cases in Constitutional Law*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly.

Louthan, William C. 1991. *The United States Supreme Court: Lawmaking in the Third Branch of Government*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.

Lowi, Theodore J. and Benjamin Ginsberg. 1994. *American Government: Freedom and Power*. New York: W.W. Norton & Company.

Marshall, Thomas R. 1989. *Public Opinion and the Supreme Court*. Boston:

UnWin Hyman.

Mason, Alpheus Thomas and Donald Grier Stephenson, Jr. 1993. *American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases.* EnglewoodCliffs, N.J.: Prentice-Hall.

McKenna, George. 1994. *The Drama of Democracy: American Government and Politics*, 2nd ed. Guilford, Connecticut: Dushkin Publishing Group.

McSweeney, Dean and John Zvesper. 1991. *American Political Parties: The Formation, Decline and Reform of the American Party System.* New York: Routledge.

Melone, Albert P. and George Mace. 1992. "Judicial Review: the Usurpation and Democracy Questions." In Elliot E. Slotnick, ed. *Judicial Politics: Readings from Judicature.* Chicago, IL: Nelson-Hall.

Mendelson, Wallace. 1993. *Judicial Review and Party Politics.* New York: Irvington.

Murphy, Walter F. and C. Herman Pritchett. 1986. *Courts, Judges, and Politics: An Introduction to the Judicial Process.* NewYork: Random House.

Nelson, Michael. 1992. *The Presidency A to Z.* Washington, D.C.: Congressional Quarterly.

O'Brien, David M. 1993. *Storm Center: The Supreme Court in American Politics.* 3rd ed. New York: W.W. Norton.

_____. 1991. *Constitutional Law and Politics: Struggle for Power and Governmental Accountability.* New York: W.W. Norton.

O'Connor, Karen and Larry J. Sabato. 1993. *American Government: Roots and Reform.* New York: Macmillan.

Patterson, Thomas E. 1993. *The American Democracy*, 2nd ed. New York: McGraw-Hill.

Pynn, Ronald E. 1993. *American Politics: Changing Expectations*, 4th ed. Dubuque, IA: Wm. C. Brown.

Ranney, Austin. 1993. *Governing: An Introdution to Political Science*, 6th ed. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall.

Schwartz, Bernard. 1993. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press.

Segal, Jeffrey A. 1991. "Courts, Executives, and Legislatures." In John B. Gates and Charles A. Johnson, eds. *The American Courts: A Critical Assessment*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly.

Segal, Jeffrey A. and Harold J. Spaeth. 1993. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York: Cambridge University Press.

Shank, Alan, ed. 1993. *American Politics, Policies, and Priorities*. 6th ed. Dubuque, IA: Wm. C. Brown.

Slotnick, Elliot E. 1992. "The Place of Judicial Review in the American Tradition: the Emergence of an Eclectic Power." In Elliot E. Slotnick, ed. *Judicial Politics: Readings from Judicature*. Chicago, IL: Nelson-Hall.

Smith, Christopher E. 1993. *Courts, Politics, and the Judicial Process*. Chicago: Nelson-Hall.

_____. 1992. *Politics in Constitutional Law: Cases and Questions*. Chicago: Nelson-Hall.

Stanley, Harold W. and Richard G. Niemi. 1992. *Vital Statistics on American Politics*, 3rd ed. Washington, D.C.: Congressional Quarterly.

Stephens, Otis H., Jr. and John M. Scheb, II. 1993. *American Constitutional Law*. St. Paul, MN: West Publishing Company.

Stephenson, D. Grier, Jr., Robert J. Bresler, Robert J. Friedrich, and Joseph J. Karlesky. 1994. *American Government*. Brief ed. New York: Hapercollins.

_____. 1992. *American Government*, 2nd ed. New York: Hapercollins.

Stumpf, Harry P. 1988. *American Judicial Politics*. New York: Harcourt Brace Jovanovich.

Waltman, Jerold L. 1993. *American Government: Politics and Citizenship*. St. Paul, MN: West Publishing Company.

Wasby, Stephen L. 1993. *The Supreme Court in the Federal Judicial System*. 4th ed. Chicago: Nelson-Hall.

Witt, Elder. 1990. *Guide to the U.S. Supreme Court*, 2nd ed.Washington, D.C.: Congressional Quarterly.

Yarnold, Barbara M. 1992. *Politics and the Courts: Toward a General Theory of Public Law*. New York: Praeger.

The Exercise of the U.S. Supreme Court's Power of Judicial Review: Theory and Practice

Chiping Jen

Abstract

In framing the Constitution of the United States, severe debates arose between the Federalists and the Antifederalists over the Supreme Court's power of judicial review. The Federalists alleged that as the Court was the weakest of the three branches of the government, it was least possible for the Court to exercise its power of judicial review to encroach on the privileges of the Congress. By contrast, the Antifederalists feared that the Court's exercise of judicial review would make the Court a despotic branch. After the practical exercise of its power of judicial review for about two hundred years, the Supreme Court has proved neither the weakest branch as Alexander Hamilton had assumed nor the despotic branch as Thomas Jefferson had supposed. In general, the Supreme Court is nothing more than a part of the majority party, and its exercise of judicial review is to legitimate rather than to invalidate the acts passed by the Congress. Nevertheless, in specific transient periods when the majority party coalition is crumbling and unstable, the Court may exercise its power of judicial review to declare the acts of the Congress unconstitutional.