

多數統治與少數權利之調和：美國聯邦最高法院司法審查權之民主基礎

陳文政*

【摘要】

基於國民主權原則，憲政民主政府的權力係來自人民之同意與授權。一般而言，民主政府經由選舉程序而獲得權力，換言之，憲政民主是基於多數統治。然而，以麥迪遜（James Madison）的共和觀點來看，多數統治是指：政府的所有權力直接或間接源自人民者。

美國聯邦最高法院行使其司法審查權已有二百年。然由於大法官並非民選，因而產生所謂「反多數困境」問題。學者們質疑：非經民選的大法官為何可以推翻民選部門所通過的決策？

本文的主要論點如下：

- 一、民主政治中多數統治與少數權利皆有其價值。
- 二、美國聯邦最高法院司法審查制度符合多數統治真義，並能維護多數統治。
- 三、美國聯邦最高法院經由行使司法審查權，亦能捍衛少數權利。
- 四、美國聯邦最高法院的司法審查權能調和多數統治與少數權利，故能獲得多數民意支持並擁有制度優越性。

*陳文政：國立台灣師範大學三研所專任副教授。

五、因為美國聯邦最高法院司法審查權因能獲得多數民意支持並擁有制度優越性，故雖偶有少數判決無法滿足多數偏好，但大致仍能獲得多數民意支持，因而具有民主基礎。

關鍵詞：多數統治、少數權利、反多數困境、美國聯邦最高法院、司法審查

壹、前言

民主政治的核心原則是統治者的權力來自被統治者的同意¹，依此原則而有多數統治（majority rule）之主張與制度設計。因此，多數統治實為民主政治要義之一，也是實踐民主政治不可或缺的重要機制。然而，多數統治有時會因一時的情緒而忽略少數者的權利(minority rights)，甚至於侵奪少數者的權利。當多數統治的結果造成少數權益無情地被剝奪時，民主政治的價值將遭致高度的質疑。因之，論者常視「保護少數權利」為衡量民主政治是否成功的標準(Kim, 1988:69)。相對地，民主政治所欲達成的目標，若僅限於保護少數權利，或僅滿足少數者之期望，那麼民主政治所能帶給人類的價值將極其有限。果如此，民主政治必無法獲得多數人類的認同與支持。易言之，民主政治若不能滿足多數者的利益和價值，它將無以為繼。

職是，在民主政治的實益中，產生一個重大難題：多數統治與少數權利(minority rights)要如何兼顧？兩者間要如何取得平衡(任冀平，民 81：216)？

其次，司法審查(judicial review)雖被許多美國憲法學者認為是美國憲法制度之重要特色與顯著特徵 (Peltason, 1985:17; Schwartz, 1972:2; Brewer-Carias, 1989: 1; Mason & Stephenson, 1996:55), 且自 1803 年 Marbury v. Madison 案²確立司法審查制度以來，其對美國政治與人民生活之影響至為深遠。然而，「譽之所在，謗亦隨之」，美國學術界(尤其是法律學界)對於司法審查權的正當性，常多所質疑。學者 Jeffrey A. Segal 與 Harold J. Spaeth 即指陳：「我們生活在民主政治之中，但在此制度之下，我們賦予聯邦最高法院九位非民選且終身職的大法官廣泛的自由裁量權，以決定類

¹ 關於此一理念，有的學者直接以類似「政府的正當性基於被統治者的同意」(the legitimacy of government depends on the consent of the governed.) 或「凡具正當性之政府，其權力皆來自被統治者的同意」(all just governments derive their powers from the consent of the governed.) 等概念來陳述。見 Michel Rosenfeld, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, 74 *Southern California Law Review* 1307,1311(2001); Rogers M. Smith, *Legitimizing Reconstruction: The Limits of Legalism*, 108 *The Yale Law Journal* 2039, 2039 (1999).

² 1 Cranch 137 (1803).

似墮胎是否合法化、死刑罪是否採行，以及同性戀應否接受刑事處分等權力。」(Segal & Spaeth, 1993:1)前美國耶魯大學(Yale University)憲法學教授畢克(Alexander M. Bickel)在其所著「最不危險的部門」(The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, 1962)一書中，更指出：「司法審查是美國民主政治中一種脫軌的制度(a deviant institution)」(Friedman, 1998:335, n.2)。畢克教授甚至認為，司法審查在民主體制下，具有「反多數困境」(countermajoritarian difficulty)³。申言之，學者們質疑：民主政治理應對公眾意志負責，而如何能夠解釋一個「成員無須對人民負責」的政府部門(指司法部門)，卻擁有推翻公共決策之權？(Friedman, 1998:335)況且，美國人基本上奉行代議政府形式，為何允許非民選之聯邦法官推翻由民選官吏代為表現之人民意志？(Epstein, Knight and Martin, 2001:586)饒富趣味的是，此一議題竟然成為美國法學界及其他領域學者二百年來學術研究之重要議題，至今仍方興未艾⁴。

諷刺的是，一項由美國紐約大學(New York University)法學教授弗來德曼(Barry Friedman)針對美國司法審查「反多數困境」問題的一系列歷史性研究⁵指出，美國司法審查「反多數困境」的問題，實際上不在司法審查制度本身，而是美國法學界對「反多數困境」問題的一種學術迷障(an academic obsession)(Friedman, 2002:159-161)。質言之，由於美國法學界自由派學者們對「反多數困境」問題的「病態性執著」(fixation)，使法學者們無法平心靜氣釐清司法審查的真面目(Friedman, 2002:159)尤其是，自2000年Bush v. Gore案⁶及最近美國聯邦最高法院廢棄若干革新性的國

³ the countermajoritarian difficulty 一詞亦有學者譯為「抗多數困境」，見黃昭元，2002:303。

⁴ 由於美國司法審查制度並非憲法所明定，缺乏憲法基礎，以致學術界對於司法審查民主正當性的探討極為普遍，幾乎是與美國歷史同久。1962年Alexander Bickel教授提出「反多數困境」概念之後，美國學界的討論更是絡繹不絕。例如，Croley, 1995:691; Koppelman, 2001:955; Friedman, 2001:933; Bennett, 2001:845。此外，Barry Friedman教授更就「反多數困境」問題進行「史的研究」，詳見註5。

⁵ Barry Friedman教授對「反多數困境」問題進行憲法史的研究，已知者包括(1)The History of the Majority Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy, 73 New York University Law Review 333-433(1998); (2)The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner, 76 New York University Law Review 1383-1455(2001); (3)The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics, 148 University of Pennsylvania Law Review 971-1064(2000); (4)The Birth of an Academic Obsession: History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five, 112 The Yale Law Journal 153-259(2002)。至於，Part Two則尚未出版。

⁶ 121 S.Ct. 525(2000); 有關該判決之中文翻譯，請參考陳文政譯，布希控高爾案，2002:

會立法後，竟然引起學者們撰文，呼籲尋求法院外的憲法解釋⁷ (Friedman, 2002:155)。

本文雖不擬討論上述美國法學界有關司法審查「反多數困境」問題研究之糾葛與爭論，但仍與「反多數困境」問題有關。本文的論證如下：

- 一、民主政治中多數統治與少數權利皆有其價值。
- 二、美國聯邦最高法院司法審查制度符合多數統治真義，並能維護多數統治。
- 三、美國聯邦最高法院經由行使司法審查權，亦能捍衛少數權利。
- 四、美國聯邦最高法院的司法審查權能調和多數統治與少數權利，故能獲得多數民意支持並擁有制度優越性。
- 五、因為美國聯邦最高法院司法審查權因能獲得多數民意支持並擁有制度優越性，故雖偶有少數判決無法滿足多數偏好，但大致仍能獲得多數民意支持，因而具有民主基礎。

貳、美國聯邦最高法院司法審查權的多數統治基礎

一、多數統治之必要

誠如前述，多數統治為民主政治要義之一，亦是實踐民主政治之必要機制。憲法學者 Jesse H. Choper 甚至明確地指出：「在理論與實踐上，多數統治一直被視為是民主政治體系的基石。」(Choper, 1980:4) 美國耶魯大學 (Yale University) 知名的政治學教授達爾 (Robert A. Dahl) 亦強調：「就國民主權 (popular sovereignty) 和政治平等 (political equality) 傳統而完整的定義而言，多數統治是邏輯上所必要 (logical necessity)」(Dahl, 2001:568) 儘管如此，吾人必須明瞭，多數統治固為民主政治之必要條件，卻不是充分條件。因為，單憑多數統治尚不足以完全實現民主政治的終極價值，如自由、人權、平等、福利等。何況多數統治僅是民主政治的必要

121-128。

⁷ 例如，Rachel E. Barkow 即主張恢復傳統的政治問題原則 (Political Question Doctrine) 以強化其他 (行政與立法) 部門解釋法律之能力，見 Barkow, 2002:237。

手段，並非唯一的手段。

二、實現多數統治之一般見解

一般學者以為，有效的多數統治，依賴兩項個人基本權利之維持：意見自由權和選舉權（Choper, 1980:4）。

意見自由權包括言論、著作、出版、講學等自由，是個人私的意思表達之權利。上述權利的價值在於發展個人才智、減少人民不滿或懷疑、發現並提升政治真實、提高政府政策正確性、制衡政府濫權（林世宗，民 85：5-8）。此外，在多數統治的政治體系中，政府權力各部門之主要負責人和成員，多經民主選舉程序產生，以獲得權力行使之正當性與合法性。而在民主選舉及政治過程中，人民在行使其政治權力時，為了要作比較睿智的選擇，就必須要有充分的資訊以資判斷（林子儀，民 77：246）。因此，意見自由乃成為健全民主程序，實現有效多數統治之不可或缺的重要條件。

達成有效多數統治更直接、更必要的條件是選舉權的普遍實施。質言之，經由定期而民主的選舉機制，在多數民意之表達下，選擇人民權力之代行者，達到多數統治的目的。理論上，政府權力執行者必須定期接受選舉檢驗，他們必然會時時回應多數民意要求，制定並執行多數民意所期待之政策，以獲取權力之繼續行使。如此一來，多數統治便能透過人民選舉權的行使而獲得具體表現。

三、「反多數困境」與「多數困境」之兩難

倘若根據上述的多數統治原則來衡量美國之多數統治模式，吾人不難發現，此一統治模式中實含有「反多數」（Coutermajority）設計。詳言之，在美國三個主要統治機構中，國會負責立法，總統負責行政，法院負責司法。國會中之參眾議員及總統皆經由直接或間接選舉產生，接受定期的民意檢驗。唯獨聯邦最高法院之大法官不是經由選舉程序產生。然而，這種非經選舉程序產生的大法官，卻可宣告業經國會立法，總統簽署，政府業已執行的法律無效，理由是該項法律違反憲法（Wellington, 1990:22）。準此觀之，法院之違憲審查實具有反多數性格。如此一來，美國的統治模式並非是純粹的多數統治，而是兼具多數統治與反多數統治的混合體。

倘若同樣依據上述的多數統治原則來進一步考察，吾人似可進而推

論：由於具反多數性格的司法審查權，將使美國統治模式陷入「反多數困境」(the countermajoritarian difficulty)。換言之，即如麥迪遜(James Madison)所倡議的，一方面為防止少數暴政而主張多數統治(如國會、總統)，一方面卻為害怕多數濫權而賦與少數權力來否決多數(如法院可否決國會立法及總統行政措施)的矛盾現象(Croley, 1995:693；任冀平，民 84：50)。

要如何解決這種「反多數困境」呢？倘若吾人仍舊依循多數統治原則，則只要將法院法官交付選舉產生即可解決。然而，法官民選雖可解決「反多數困境，卻相對會陷入「多數困境」(majoritarian difficulty)(Croley, 1995:694)。美國密西根大學教授 Steven P. Croley 曾指陳，民選法官具有下列缺點：第一，法官將因民選而無法捍衛少數者權利。第二，法官將屈服於日益增加的選舉政治壓力。第三，民選法官雖可提升民主價值，但同時將傷害若干憲政價值。此外，投票人對於法官候選人的法學和憲法素養，不易做出正確的判斷(Croley, 1995:697)，致使民選法官的實質價值喪失其基本意義。因此，民選法官的形式價值(民主形式)遠大於實質價值(甄選出具有真才實學且捍衛法律正義的法官)。

於是，美國司法審查中之法官不管是否民選，似乎陷入另一個兩難困局之中——法官若非民選，則陷於「反多數困境」，法官若民選，則又陷入「多數困境」。要如何跳脫此一兩難困局呢？本文認為，解決此一困局之根本論題，應回歸到「多數統治的真義」，而不是繼續議論法官之是否民選。因為，若視經由民選為多數統治之唯一定義和形式，則法官之非民選必然是反多數統治。相反的，若不以選舉為多數統治之唯一定義和形式，則法官之非民選就未必是反多數統治。

四、多數統治之真義：解決兩難之基礎

然則，多數統治之真義為何呢？簡言之，即指一個社會或一個國家中，政府統治權力之取得係直接或間接來自多數民意之表示與授與，且政府統治權力之行使能時時回應多數民意的期待者。此一定義可以從美國制憲先賢麥迪遜的共和思想中得到佐證，麥迪遜在「聯邦論文集」(The Federalist Papers)三十九號中，對共和國所下的定義是：「政府的所有權力，直接或間接源自廣大的人民，且擔任公職者，基於意願或良好素行而有一

定之任期。」(A government which derives all its powers directly or indirectly from the great body of the people, and is administered by persons holding their offices during pleasure, for a limited period, or during good behavior.)(Hill, 2002:131)。

上述釋義包括兩個要點：第一，政府統治權之取得乃直接或間接來自多數民意之表示與授與。易言之，政府統治權之正當性非源自唯一之選舉程序，間接形式之多數民意授與亦符合多數統治之要義；第二，政府統治權力之行使能時時回應多數民意之期待。也就是說，真正的多數統治，非以權力之取得來自多數之表示或授與為已足。必須進一步要求的是，政府在取得統治權力後，應在具體的權力行使過程中，不斷探察多數民意之期待，並在統治行為表現(如政策制定)上，時時回應這種期待。

五、美國聯邦最高法院司法審查權以多數統治為基礎

倘使吾人根據「多數統治的真義」來審視美國聯邦最高法院的司法審查權，則不難發現此一權力之運作係以多數統治為基礎。其理如后：

(一) 美國聯邦最高法院大法官，雖然不是經由選舉產生，但卻由總統提名，參議院同意任命。故最高法院司法違憲審查權力之取得，應屬多數民意之間接授與。因為總統雖由間接選舉產生，但民意基礎極高；而參議員係人民直選，亦具高度民意基礎。因此，由總統及參議院所共同任命之最高法院大法官乃具間接之民意基礎。或謂，最高法院大法官一旦任命，任職終身，並不能接受不同時空之民意檢驗。關於此點，表面上看起來質疑者所持論點似乎甚為有理。惟若加深究，卻未必如是。蓋美國聯邦最高法院大法官雖然任期終身，但國會得彈劾使之去職。換言之，經定期改選代表最新民意之國會，得以最新民意之代言人來監督大法官，並於必要時使之去職。因此，美國聯邦最高法院大法官雖未定期改選，卻仍受定期改選之國會最新民意的監督和節制。

再者，美國聯邦最高法院大法官雖非經選舉產生，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(Abraham, 1992:49-50, 引自任冀平，民 84：71)。基於此，大法官於任職後雖很少參與政治活動，卻仍然時時對政治活動抱持關心態度，並留心最新民意之趨向，以為憲法判決之參考依據。可資明證的例子是，一九七六年「葛雷格

控喬治亞」(Gregg v. Georgia)一案中，大法官史徒華(Potter Steward)就以「社會贊同謀殺罪處死刑」為由，支持聯邦最高法院之死刑判決(Mason & Stephenson, 1996:435-37)。由此可見，無論是聯邦最高法院權力之取得過程或大法官本身的條件和背景，並不必然會悖離多數民意。何況，美國的民意調查相當發達，大法官要探查民意並非難事。

(二)就聯邦最高法院權力行使能否時時回應多數民意期待而言。誠如一般法政學者眾所週知的，美國聯邦最高法院的權力行使，主要表現在其司法判決中。是以，吾人祇要檢視其司法判決能否回應多數民意期待，便可看出其權力行使是否符合多數統治之真義。

根據學者研究(任冀平，民 84：75)，美國聯邦最高法院既可以，又不能否決國會制定的法律。可以否決國會法律，乃是因為其憲法判決反映了多數民意。其所以不能否決國會法律，乃因國會制定的法律已然代表多數民意。就憲法判決可反映多數民意而言，美國政治學者馬歇爾(Thomas R. Marshall)的研究指出，自一九五三年至一九八六年間，最高法院共有一百四十六個判決，其中有百分之五十六(八十二個判決)反映了多數民意(任冀平，民 84：72)。換言之，美國聯邦最高法院之司法判決，多數能夠回應多數民意的期待。

此外，從美國聯邦最高法院大法官的選任過程來看，根據達爾的研究(Dahl, 2001:570)，聯邦最高法院的主流政策觀點，從未與法規制定多數(lawmaking majorities)(包括國會與總統)的政策觀點，悖離太久。因為，美國聯邦最高法院平均每二十二個月就會出缺一位大法官，每一位總統在一個任期內平均可提名二位大法官(Dahl, 2001:569; Epstein, Knight and Martin, 2001:584)，而這些提名都要經過參議院的同意。因此，除非國會立法或總統所發布的行政命令與民意相去甚遠，基於上述大法官的選任過程，大法官們對於政治部門的政策決定，多會予以支持。

綜合以上所述，美國聯邦最高法院的司法審查權，無論在其權力取得方面，或權力行使方面，大致上皆能符應多數統治真義之要求。又，從另一個觀點來看，美國司法審查之存在價值或目的之一，亦在合法化多數統治基礎(對符合民意之國會立法及總統之行政命令，在憲法判決中予以合憲推定)，進而促進民主政治之健全化發展。易言之，美國聯邦最高法院

的司法審查權實際上能回應並維護多數統治，因而有其民主基礎。

參、美國聯邦最高法院司法審查權與少數權利

誠然，多數統治為民主政治所必要，然「完全多數統治」無論在法理上或實務上皆不可能。於是，一個民主政治體系中，必然存在若干少數。這些少數者的權利有何價值呢？誰來守衛這些權利？國會、總統，抑或法院？

一、民主政治中少數權利之價值

美國加州柏克萊大學法學教授 Jesse H. Choper 曾為文分析：「大部分支持司法違憲審查者，明確反對民主政治即是純粹多數決的同義語。他們頗有說服力地強力主張，一個自由民主的必要價值是：確保個人尊嚴與人格完整所必須的最低限度且不可讓與的個人自由。」(Choper, 1990:7) 簡言之，一個民主自由社會的基本價值，在於維護和滿足該社會中每一成員基於個人尊嚴和人格完整所需之基本權利，無論此一成員屬於多數群體或少數群體。然而，在一個由多數統治原則所支配之自由民主社會中，少數者之基本權利常居於邊陲地位而往往被忽略，甚至於遭致侵奪。於是，完整的民主政治價值便留有缺憾。

為了彌補此一缺憾，民主政府應有的作為是，盡力(甚至是刻意)去維護這些少數者的基本權利。蓋如麥迪遜所言：「正義(公道)是政府的目的。它也是公民社會的目的。人類過去和未來不斷追求的就是這個目標。」(Hamilton, Madison, and Jay, 1937:357) 申言之，民主政府應視維護少數權利為實踐正義標的和成就完整民主政治價值之必要手段。

問題是，在一個類似美國三權分立制衡而同位之政府架構中，應由何一權力機構來職司此一任務呢？或者三者皆可以勝任？

從務實的角度來看，由法院來肩負此一任務乃具有相對比較利益。蓋國會參、眾議員及總統皆係直接或間接由人民選舉產生，揹負多數民意的政治責任與壓力。因此，無論國會立法總統行政措施，乃大多以滿足多數者之期待為要務，無法照顧到少數者之情緒和利益要求。職是，少數者之

基本權利必須由法院(尤其是聯邦最高法院)在具體系爭事件中，本著憲法捍衛基本權利之本意，加以維護。蓋非民選之法官，毋須承擔選舉之政治壓力，且可遠離多數民意之激情感染，而以冷靜、理性之態度，本專業知識和憲政良知，捍衛少數者權利。

二、美國司法審查權捍衛少數權利

美國民主傳統中，對於少數權利之維護至為積極。學者即曾指出：「保護少數為美國憲政主義之核心目的。」(The protection of minorities is a central purpose of American Constitutionalism) (Hirsch, 1992:115) 另一學者則更明白地說：「善待少數者成為美國憲政體系中的顯著特徵 美國憲政體系之主要功能即在保護少數權利免於(多數)侵奪。」(Commager, 1958:9) 關於這種維護少數者權利之精神，其具體表現可從憲法上之安排和憲法守護者 美國聯邦最高法院及其相關判例中得到印證。

(一) 憲法中維護少數權利之設計

美國憲法設計中關於維護少數者權利，有以下數端：

1. 參、眾議員名額之規定

參、眾議員名額係依各州人口數比例，由於各州人口多寡不同，眾議員名額亦有差異；相對的，參議員名額則不分大小州，每州二名，代表各州。此一設計固然以維繫聯邦制度為著眼，然而對於人口較少的小州而言，在參議院能與任何大州享有相同之發言權，自亦有保護少數權利之作用。

2. 修憲門檻高，賦與少數者否決權

美國憲法第五條規定，「國會遇兩院各有三分之二之議員認為必要時，應提出本憲法修正案，或遇三分之二州之州議會請求，國會應召集會議以提出憲法修正案。以上兩種情形中之任何一種修正案，經各州四分之三之州議會或各州四分之三之修憲會議批准後，即成為本憲法之一部分而發生效力。」(Mason & Stephenson, 1996:683) 此一高門檻之修憲規定，本係剛性憲法之表現，然而連帶地無異賦與少數的州(只要十三州，且可能皆為小州)得以否決修憲案。亦即少數者得藉此一否決權捍衛其憲法上之基本權利。

3. 權利典章保障個人基本權利

美國憲法本文原無權利典章 (Bill of Rights) 規定，並於一七九一年由各州者得藉批准生效。這十條被稱為權利典章之要義，廣泛地保障個人之基本權利。此外，在美國陸陸續續增修之憲法條文中，亦常見保障個人基本權利之規定。如增修條文第十四條規定「任何州，非經正當法律程序，不得剝奪任何人之生命、自由和財產」(Mason & Stephenson, 1996:686) 即為明證。

4. 少數權利之憲法保障

美國憲法增修條文第十五條規定：「合眾國或其任何一州，不得因種族、膚色、或曾為奴隸而剝奪或取消合眾國任何公民之投票權。」(Mason & Stephenson, 1996:686) 而前述增修條文第十四條中另強調「任何州不得對其管轄區範圍內之任何人，否定其享有平等之法律保障。」(Mason & Stephenson, 1996:686) 此外，增修條文第十九條「合眾國或各州不得因性別關係而否定或剝奪美國公民之投票權」(Mason & Stephenson, 1996:687) 之規定等，要皆以維護少數者或弱勢者之基本權利為宗旨。

(二) 司法審查維護少數權利

前已論及，在美國三個主要權力機構中，美國聯邦最高法院在維護少數者權利方面，實居於核心地位。而縱觀美國聯邦最高法院史，雖然受到美國歷史文化傳統、特定時期之社會價值觀或大法官個人之政策偏好及價值態度等因素影響，聯邦最高法院對於侵擾少數權利之立法或行政措施，有時不免採較軟弱或容忍之態度，但大體上說，「美國聯邦最高法院業已積極維護少數者之權利」(Currie, 1989:14-15) 或者更貼切地說，美國聯邦最高法院關於少數權利之憲法判決和抉擇，容有曲折或偏離之時，但最終仍然回到積極維護之正軌上來。

由於美國關於維護少數者權利之判例甚多，範圍涵蓋黑人參政權、黑人置產權、黑白種族隔離、黑白通婚、女性投票權、外國人權利 等不一而足，本文僅以「黑白種族隔離問題」為例，略為說明美國聯邦最高法院藉司法審查權之行使，以維護少數者權利之梗概。

1. 美國黑白種族隔離之問題

美國於南北戰爭後，憲法即賦與黑人在法律上和其他人之平等地位(即增修條文第十三、十四、十五條)。而在重建時期(即北方駐軍南方各州之十年期間)黑人人權確曾大幅改善，然重建結束，北方駐軍撤回，南方各州基於歷史上歧視黑人之觀念已深植人心，乃又迅即施行各種對黑人之差別待遇。黑白種族隔離即是各種差別待遇中，與日常生活關係最密切，牽涉層面最廣者。例如，南方各州多禁止黑人進入白人的學校、旅館、餐館、戲院或其他白人常出入之公共場所。此外，公共汽車、火車、電車、公共廁所等，均有黑白分座或分用之規定。

在眾多隔離措施中，以學校之隔離及交通工具之隔離所涉及之法律爭議最多。尤其是南方各州法律規定之隔離措施是否違憲之爭議，引起多方面之關注。

2. Plessy v. Ferguson 案「隔離但平等」原則之默許

一八九一年七月十日，美國路易斯安那(Louisiana)州通過一項黑白種族隔離法案，名為「改進乘客舒適法」(An Act to Promote the Comfort of Passengers)，內容規定火車上應提供「隔離但平等」(separate but equal)的設備供黑白乘客分開使用。是項法案公布前後，曾引起黑人的指責與抗議。

一八九二年六月七日黑人青年布雷西(Homer Adolph Plessy)於州內火車上因進入白人車廂就坐被捕，並被控以違反黑白隔離法。地區法院主審法官佛加森(John H. Ferguson)判決被告敗訴。布雷西不服上訴州最高法院，仍維持原判，理由是「隔離但平等」。最後布雷西乃上訴美國聯邦最高法院，是為「布雷西控佛加森」(Plessy v. Ferguson, 1896)案。

美國聯邦最高法院遲至一八九六年五月方行判決，結果以一人缺席，七票對一票判決路易斯安那州黑白隔離法合憲，布雷西敗訴確定，「隔離但平等」原則得到默許。

布朗大法官(Justice Brown)在多數意見書中指出：「我們認為，被告所稱若實施黑白隔離將使有色人種產生自卑烙印的論證是謬誤的。所謂除非實施黑白混合，否則黑人的平等權利將得不到保障等論證，我們不能苟同。立法是無法祛除種族區別的，亦無法消除基於肉體上之差異。」

(Mason & Stephenson, 1996:630) 儘管如此，大法官哈南(Justice Harlan)在不同意見書中卻強調：「我們的憲法是色盲的，既不知道，也無法容忍在公民中有階級制度存在。在民權方面，所有公民在法律前一律平等。」

(Mason & Stephenson, 1996:630)

3. Brown v. Board of Education 案黑白隔離之消除

「隔離但平等」原則在歷經五十八年後，終於一九五四年「布朗控托匹卡教育局」(Brown v. Board of Education of Topeka, 1954)一案中被拆毀。

美國聯邦最高法院於該案中，以九比零一致決議，票決公立學校黑白隔離違憲。由於該案係為六案合併處理，總結意味甚濃。

華倫首席大法官(Chief Justice Warren)在判決文說：「我們不能開倒車，回到一八六八年增修條文(第十四條)的時代去，也不能回到一八九六年 Plessy v. Ferguson 案的年代去。公立學校必須適應美國社會之發展教育已為今日之州政府和地方政府最重要之功能 我們的結論是，公立學校之所謂『隔離但平等』原則根本上是站不住的。黑白隔離的教育設備本質上是不平等的 吾等宣告此一隔離違反法律平等保護之規定。」

(Mason & Stephenson, 1996:633)

此一判決後，黑白種族隔離雖未能悉數清除，仍有若干擾攘與曲折，但由於美國聯邦最高法院維護少數者權利之立場日益堅定明確，少數權利漸獲積極維護。職是，從美國長遠之歷史以觀，司法審查確為建立在維護少數者權利之基礎上。

肆、調和多數統治與少數權利補強民主正當性——代結語

一、調和多數統治與少數權利彰顯民主價值

民主政治並非僅是多數統治，多數統治只是民主政治之必要手段。民主政治的另一個重要價值是維護少數權利。民主政治之精義即在兼顧多數統治與少數權利。

就美國而言，多數統治固可由國會及總統兩個權力部門予以表現，蓋

此二者皆係人民直接或間接由民主選舉產生，具有民意基礎，能滿足法律之權力面和政治之正當性要求。然而，由於二者皆揹負選舉政治壓力，國會立法及總統行政措施，大多以反映多數期待為主要考量，少數權利往往被忽略。倘若國會立法及總統行政措施只一味滿足多數情緒，則易流於多數暴政。此時，由非經選舉產生、不必揹負選舉政治壓力之司法部門來審查國會立法及總統行政措施之合憲性，一方面可合理化多數統治之基礎(當國會立法及總統行政措施符合正義、理性、公平原則時)；另一方面當必要時，可拒斥多數意志⁸ (Choper, 1980:59)，維護少數者之權利。

綜合言之，司法審查權的要務之一在於，一方面要維護多數統治之現實意義與合法性，以防止少數暴政；另一方面，在裁判過程中基於正義、理性、公平要求，仍須對少數權利加以捍衛，以拒斥多數暴政。於是乎，在多數統治與少數權利並存的民主架構中⁹ (鄭哲民，民 82：42)，美國聯邦最高法院司法審查的主要貢獻在於調和多數統治之正當性與捍衛少數權利之道德價值。或者說，司法審查實扮演防止多數暴政與少數暴政之安全瓣角色，因而不但使民主政治的價值能夠充分彰顯，又能維持整個民主政治體系之平衡。美國前總統威爾遜 (Woodrow Wilson, 1856-1924) 即視聯邦最高法院為美國政治體系之平衡輪 (the balance-wheel of our entire system) (Mason & Stephenson, 1996:56)，賦予聯邦最高法院極高的評價。

二、制度優越補強民主正當性

美國聯邦最高法院司法審查制度是全世界司法審查制度的濫觴，至今 (2003 年) 屆滿二百年，歷史悠久，淵源流長。一種制度能歷時如此久遠，必有其優越之處。論者常以「聯邦最高法院大法官未經民選」卻又能「宣告具民意基礎的國會立法和總統的行政措施因違憲而無效」，論斷司法審查欠缺民主正當性。本文則以多數統治的真義 (政府統治權力之取得係直接或間接來自多數民意之表示與授與，且統治權力之行使能時時回應多數民意的期待) 為基礎，並輔以「聯邦最高法院能捍衛少數權利」，論證美

⁸ Jesse H. Choper 認為「法院之重大任務在於必要時能拒斥多數意志」，見 Choper, 1980:59。

⁹ 鄭哲民氏認為，多數統治應與少數權利同時存在於一個民主憲政架構中。見鄭哲民，民 82：42。

國聯邦最高法院司法審查權的民主基礎。本文認為，就民主政治的價值言（包括現實價值與道德價值），能兼顧並調和多數統治與少數權利的司法審查權，其民主基礎並不弱於民選部門。

尤有甚者，民主正當性具有流動性，隨著民意的起伏而不斷漂流。定期選舉固然可以彰顯民主正當性，非定期而具有公信力的民意調查亦能表現民主。美國法學教授余約翰(John C. Yoo)即以(1)公共意見(legitimacy as public opinion)，(2)歷史經驗(legitimacy as history)，(3)公正性(legitimacy as impartiality)等三項指標來評鑑美國聯邦最高法院的正當性(Yoo, 2001:775-791)。其中，公共意見最能反應美國聯邦最高法院的民主正當性。準此以論，美國聯邦最高法院的民主屬性則常常處於高度民意支持狀況。以 2000 年 Bush v. Gore 一案為例，該案雖曾引起法學界對司法審查的信心動搖(Balkin, 2001:1407)與強烈質疑¹⁰，然根據一項美國蓋洛普民調(Gallup poll)結果顯示，全體美國民眾對美國聯邦最高法院的支持度仍高達百分之五十九(該案判決前為百分之六十二)(Yoo, 2001:778)，僅微幅下滑三個百分點。換言之，美國聯邦最高法院的判決縱然偶有未盡符合多數民意之處，由於長期積累之制度威望(institutional prestige)所顯現的優越性，仍能維持一定之民意支持。當然，美國聯邦最高法院的大法官們，也會時時留意民意，在憲法判決中審時度勢，時時回應民意的呼喚。因為，除了憲法判決的正確性與判決品質外，維護司法審查制度於不墜，最重要的莫過於民意的支持。也唯有民意的支持才能彌補其形式上民主正當性之不足。

¹⁰ Bush v. Gore 案宣判之後，美國法學界曾有 585 位學者聯名刊登廣告，責難 Bush 案為非法判決及政治性判決，見 Yoo, 2001:775-776。

參考書目

一、中文部分

1. 任冀平 (民 81), 「 權力與價值：美國法律的政治基礎」, 東海學報, 卷 33, 頁 215-233。
2. 任冀平 (民 84), 「 美國最高法院司法審查權的行使：理論與實際」, 載中央研究院歐美研究所編, 歐美研究, 卷 25, 期 3, 頁 45-93。
3. 林子儀 (民 77), 「 言論自由之理論基礎」, 台大法學論叢, 卷 18, 期 1, 頁 227-275。
4. 林世宗 (民 85), 美國憲法言論自由之理論與闡釋。台北：師大出版社。
5. 黃昭元 (2002), 「 抗多數困境與司法審查正當性---評 Bickel 教授的司法審查理論」, 李鴻禧等 (2002), 台灣憲法之縱剖橫切, 台北：元照出版。
6. 陳文政 (2002), 布希控高爾案【 Bush v. Gore, 121 S. Ct. 525 (2000) 】, 師大三民主義學報, 期 25, 頁 121-128。
7. 鄭哲民 (民 82), 「 美國最高法院與司法審查的爭議」, 載焦興鎧主編, 美國聯邦最高法院論文集, 台北：中央研究院歐美研究所。

二、外文部分

1. Abraham ,Henry J.(1992) *Justices and Presidents : A Political History of Appointments to the Supreme Court* , 3rd ed . , New York : Oxford University Press 。
2. Balkin, Jack M. (2001) *Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics*, 110 *The Yale Law Journal* 1407-1458.
3. Barkow , Rachel E. (2002) *More Supreme Than Court ? The Fall of Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy* ,102 *Columbia Law Review* 237-336.

4. Bennett, Robert W. (2001) *Counter-Conversationalism and the Sense of Difficulty*, 95 Northwestern University Law Review 845-906.
5. Brewer-Carias, Allan Randolph. (1989) *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge : Cambridge University Press.
6. Choper , Jesse H. (1980) *Judicial Review and the National Political Process* , Chicago : The University of Chicago .
7. Commager , Henry Steele.(1958)*Majority Rule and Minority Rights* , New York : Oxford University Press .
8. Croley , Steven P.(1995)*The Majoritarian Difficulty : Elective Judiciaries and the Rule of Law* , 62 The University of Chicago Law Review 689-794.
9. Currie , David P. (1989) “ The Constitution of the United States : The First 200 Years ” in Sun Tung—hsun (ed.) , *The Evolving U.S. Constitution 1787-1987* , Taipei : Institute of American Culture , Academia Sinica .
10. Dahl, Robert A. (2001) *Decision-Making in a Democracy : The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 50 Emory Law Journal 563-582.
11. Epstein, Lee, Jack Knight and Andrew d. Martin(2001)*The Supreme Court as a Strategic National Policymaker*, 50 Emory Law Journal , 583-611.
12. Friedman, Barry.(1998) *The History of the Majority Difficulty ,Part One : The Road to Judicial Supremacy*, 73 New York University Law Review 333-433.
13. -----。 (2000) *The History of the Countermajoritarian Difficulty ,Part Four : Law's Politics*, 148 University of Pennsylvania Law Review 971-1064.
14. -----。 (2001) *The History of the Countermajoritarian Difficulty ,Part Three : The Lesson of Lochner*, 76 New York University Law Review 1383-1455.

15. -----。 (2001) *The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship*, 95 *Northwestern University Law Review* 933-954.
16. -----。 (2002) *The Birth of an Academic Obsession : History of the Countermajoritarian Difficulty ,Part Five*, 112 *The Yale Law Journal* 153-259.
17. Hamilton, Alexander , James Madison, and John Jay (1937)*The Federalist*, New York : Tudor Publishing Co .
18. Hill, John Lawrence. (2002) *A Third Theory of Liberty : The Evolution of Our Conception of Freedom in American Constitutional Thought*, 29 *Hasting Constitutional Law Quarterly* 115-184.
19. Hirsch , H. N. (1992) *A Theory of Liberty---The Constitution and Minorities* , New York : Routledge .
20. Kim , Sang—Joon. (1988) “Majority Rule and Minority Rights : Locke , Rousseau and the U.S Constitution ” in J. Barton Starr (ed.) , *The United States Constitution ---Its Birth , Growth , and Influence in Asia* , Hong Kong : Hong Kong University Press .
21. Koppelman, Andrew.(2001)*Talking to the Boss :On Robert Bennett and the Countermajoritarian Difficulty*, 95 *Northwestern University Law Review* 955-960.
22. Mason ,Alpheus Thomas and Donald Grier Stephenson. (1996) *American Constitutional Law ---Introductory Essays and Selected Cases* , Englewood Cliffs , N.J.: Prentice---Hall , Inc.
23. Peltason, J. W. (1985) *Corwin & Peltason’s Understanding the Constitution* ,10th ed. ,New York : CBS College Publishing.
24. Rosenfeld, Michel (2001) , *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, 74 *Southern California Law Review* 1307-1351.

25. Schwartz, Bernard. (1972) *Constitutional Law* , New York : Macmillan Publishing Co.
26. Segal, Jeffrey A. and Harold J. Spaeth. (1993) *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge : Cambridge University Press.
27. Smith, Rogers M. (1999) *Legitimizing Reconstruction: The Limits of Legalism*, 108 *The Yale Law Journal* 2039-2075.
28. Yoo , John C. (2001) *In Defense of the Court's Legitimacy*, 68 *The University of Chicago Law Review* 775-791.
29. Wellington , Harry H .(1990) *Interpreting the Constitution ---The Supreme Court and the Process of Adjudication* , New Haven : Yale University Press.

投稿日期中華民國九十一年十二月二日

接受刊登日期中華民國九十二年一月三十一日

校對日期中華民國九十二年四月十六日

責任校對洪銓鍵

Reconciling Majority Rule with Minority Rights : The Democratic Foundation of the U.S. Supreme Court's Power of Judicial Review

Wen-Cheng Chen*

【Abstract】

Based on the doctrine of popular sovereignty, the government of constitutional democracy derives all its powers from the consent of the governed. Usually, the government of constitutional democracy gains its legitimate powers by means of election procedures, *i.e.*, constitutional democracy is based on majority rule.

In James Madison's republic words, however, the majority rule means that the government derives all its powers *directly or indirectly* from the great body of the people.

The U.S. Supreme Court has wielded its judicial power on reviewing statutes for two hundred years. But, the so-called "countermajoritarian difficulty" arises because the members of the U.S. Supreme Court are unaccountable to the people. The academic scholars pose that how to explain a branch of government whose members are unaccountable to the people, yet have the power to overturn popular decisions?

* Associate Professor, Institute of the Three Principles of the People, N.T.N.U..

This essay is going to justify some arguments below:

The first, both majority rule and minority rights are valuable in a constitutional democracy. Secondly, the U.S. Supreme Court's power of judicial review is compatible with majority rule when the majority rule means that the government derives all its powers *directly* or *indirectly* from the people. Thirdly, the U.S. Supreme Court's power of judicial review is capable of guarding minority rights. The fourth, the U.S. Supreme Court's power of judicial review reconciles majority rule with minority rights. Finally, the U.S. Supreme Court has its own democratic foundation because it has been largely supported by the public opinion.

**Keywords: Majority Rule, Minority Rights, Countermajoritarian
Difficulty, the U.S. Supreme Court, Judicial Review.**