

司法審查作為憲政工程* —— 結構最小主義的提議

蘇彥圖**

摘要

憲法法院通常不被認為是適任的憲政工程師，卻又無可避免地必須扮演某種憲政工程師的角色。運用Cass R. Sunstein (2015) 所提出的四種憲政人格典型——英雄、士兵、默者與最小主義者，本文對司法院大法官歷來所為司法憲政工程的多重風貌，進行了概略的分析與檢討。一般而言，司法院大法官／憲法法院在從事司法憲政工程的時候，應以謹慎自制、謙卑自持為宜。然而，不論是我國諸多學者所倡議之「憲法（釋義）學理紀律的強化」，抑或是由Sunstein所代言的司法最小主義，均未必有助於司法憲政工程的最適化，甚至還可能適得其反。本文就此提出結構最小主義的初步構想：憲法法院應該坦然面對司法審查作為憲政工程這件事，但也必須清楚意識到，司法審查終究不是憲政工程的最適工地。基於此項角色設想，本文提出 (i) 建構合宜民主工程的避風港以及 (ii) 最小主義的結構審查兩項工法建議。

* 投稿日：2016年7月28日；接受刊登日：2017年6月28日。〔責任校對：徐寧〕。

本文初稿曾經發表於「第十屆憲法解釋之理論與實務學術研討會」（中央研究院法律學研究所、國立臺灣大學法律學院、司法院主辦，2015年12月17-18日）。作者感謝葉俊榮教授、官曉薇教授以及兩位匿名審查人之評論與建議。作者另感謝廖穎凡女士、謝宗恩先生協助本文研究資料之蒐集與整理。

** 中央研究院法律學研究所副研究員。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/91109081.pdf>。



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

目次

壹、前言	參、動輒得咎的司法憲政工程
貳、司法憲政工程在台灣：風格與經驗	一、司法憲政工程的內在矛盾
一、英雄	二、司法最小主義的魅力與侷限
二、士兵	肆、結構最小主義及其工法建議
三、默者	一、建構合宜民主工程的避風港
四、最小主義者	二、最小主義的結構論
五、綜合討論	伍、結論

壹、前言

民主政治的憲法法化（constitutionalization of democratic politics），從20世紀中後期以來，已經見於許多採行司法違憲審查機制的憲政民主國家¹。作為一個主要是由（功能意義上的）憲法法院所開展出來的憲政態勢，這個現象無疑可以被理解為政治司法化（judicialization of politics）的其中一個面向²。不過，不論司法

1 相關比較憲政研究，see, e.g., ALEC STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE (2000); RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004); Richard H. Pildes, *Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics*, 118 HARV. L. REV. 28 (2004); SAMUEL ISSACHAROFF, FRAGILE DEMOCRACIES: CONTESTED POWER IN THE ERA OF CONSTITUTIONAL COURTS (2015).

2 關於政治司法化的比較憲政研究，see, e.g., C. NEAL TATE & TORBJÖRN VALLINDER EDS., THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER (1995); HIRSCHL, *supra* note 1. 在

化／憲法法化是否早已是當代的司法憲政主義（judicial constitutionalism）的基調，「與憲法法官共治」³還不能說是一件稀鬆平常、毫無懸念的憲政事態，特別是當被司法化、被憲法法化的民主政治，已經不只是個別的、特定的公共事務，而是關乎形構成整個民主政治之決策機制乃至憲政認同的基本制度規則⁴。我們可以將「制定、形塑民主政治的遊戲規則」這件事情稱為憲政工程（constitutional engineering）、民主制度設計（democratic institutional design）或者政治管制（political regulation）⁵。這件事情的司法化

進行一般理論層次的討論時，本文以下均以憲法法院一詞，概稱行使司法違憲審查權的法院，而不限於指涉集中型司法違憲審查制度下具有憲法法院之名義的法院。本文也是從功能意義而非形式意義，界定本文以下所討論的各種憲法訴訟類型。

- 3 我國已故憲法學者法治斌即曾以「共治」這項概念描述司法審查與民主政治決策間的關係，參見法治斌，與大法官共治，難嗎？，憲政時代，26卷3期，頁75-92（2001年）。
- 4 See, e.g., Nathaniel Persily, *Suing the Government in Hopes of Controlling It: The Evolving Justifications for Judicial Involvement in Politics*, 5 U. PA. J. CONST. L. 607 (2003); Pildes, *supra* note 1; 蘇彥圖，在權利與結構之間——初探美國民主法學的認同與典範，收於：周志宏、許志雄、蔡茂寅編，現代憲法的理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，頁192-233（2007年）。
- 5 為了行文方便，本文以下主要使用「憲政工程」一詞。更確切地說，本文所指稱的憲政工程是「小寫c的憲政工程」（small-c constitutional engineering），也就是功能意義而非形式意義上的憲政制度安排。由於憲政制度、憲政規範所要處理的課題極其廣泛而且繁雜，基於討論聚焦的需要，本文所討論的憲政工程，就實質內容而言，僅限於最小主義之民主觀（minimalist conception of democracy）底下有關民主票決程序以及代議政治決策的政治制度安排。本文不討論司法制度、公共行政，也不討論與憲政民主制度較無直接關係的社會工程（social engineering）。如果不對憲政工程做此等議題範圍上的限制，則司法制度（特別是與憲法訴訟程序有關的司法制度）無疑會是憲法法院著力甚深的一個憲政工程標的。司法院釋字第371、530、572、725號等解釋，即是針對司法制度的憲政工程實例。經由對憲法基本權利規範的解釋、建構與適用，憲法法院對於公共行政體系以及許多社會制度（例如婚姻、家庭、教育、社會安全制度等），無疑也有深刻的形塑作用。由於狹義的政治制度與這些制度之間存在有重要的差異，本文就司法憲政（政治）工程所為討論，並無法充分而適切地檢討司法的司法工程、行政工程與社會工程。關於政治／公共制度（public institutions）與社會制度（civil institutions）的基本差異，see IAN SHAPIRO, *POLITICS AGAINST DOMINATION* 32-34 (2016)。關於司法之司法制度工程的分析與檢討，另參見李建良，論審判獨立與司法行政命令權之關係——解析司法院大

與憲法法化發展，提出了一個關於憲政制度與民主法之司法審查的根本難題：在許多論者眼中，憲法法官並不是適格的憲政工程師；許多關於民主法的司法審查理論，也致力於防阻憲法法院不當地或者過度地干預了民主的憲政工程；可是當憲法法院在審決相關案件的時候，卻又無可避免地會對系爭案件所涉及的憲政制度規範，造成或多或少的影響，並從而使得司法審查／憲法訴訟，在某個實質意義上，成為一種憲政工程⁶。

本文以「司法的憲政工程」（簡稱司法憲政工程）一詞，指稱從某個外於憲法法院的事後觀察角度而言，具有憲政工程之功能意義或者作用的廣義的司法審查，也就是任何得以形塑憲政民主之制度安排的憲政司法作用。在這項定義底下，憲政工程有可能是憲法法院心知肚明（但是未必開誠布公）的目的行為，也有可能是憲法法院無心插柳的非意圖後果（unintended consequences）。會改變憲政民主的制度現狀的憲政司法作為——也就是一般所說的「司法造法」或者「法官造法」，無疑具有積極而且顯著的憲政工程意義。不過，即使在司法審查的結果肯認了制度現況的場合，甚或當憲法法院對於某項憲政制度安排刻意保持沉默的時候，我們還是可以從

法官釋字第五三〇號解釋，台灣本土法學雜誌，32期，頁43-59（2002年）；周志宏，日本最高裁判所規則制定權之探討——兼評大法官釋字第五三〇號解釋，台灣本土法學雜誌，32期，頁60-69（2002年）；張文貞，美國司法規則制定權的理論與實際——兼評司法院大法官釋字第五三〇號解釋，台灣本土法學雜誌，32期，頁70-81（2002年）；黃昭元，司法院的命令制定權——釋字第五三〇號解釋評析，台灣本土法學雜誌，32期，頁82-96（2002年）；陳英鈺，最高司法機關的規則制定權與司法監督——從德國法論釋字五三〇，台灣本土法學雜誌，32期，頁97-106（2002年）；陳淳文，從法國法論司法行政命令權，台灣本土法學雜誌，32期，頁107-117（2002年）。

6 See Pildes, *supra* note 1; Heather K. Gerken, *Lost in the Political Thicket: The Supreme Court, Election Law, and the Doctrinal Interregnum*, 153 U. PA. L. REV. 503 (2004); DAVID ROBERTSON, *THE JUDGE AS POLITICAL THEORIST: CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL REVIEW* (2010); Richard L. Hasen, *Judges as Political Regulators: Evidence and Options for Institutional Change*, in RACE, REFORM, AND REGULATION OF THE ELECTORAL PROCESS: RECURRING PUZZLES IN AMERICAN DEMOCRACY 101 (Guy-Uriel E. Charles, Heather K. Gerken & Michael S. Kang eds., 2011).

憲政工程的角度，對之進行理解與評價⁷。在這項相當寬鬆的認定標準下，我們可以而且應該進一步區辨、比較不同型式、不同風格的司法憲政工程。不同類型的司法憲政工程，反映了憲法法院對於憲政民主所抱持的不同設想或者不同願景；它們在司法決策的效益、決策成本（**decision costs**）以及錯誤成本（**error costs**）上，也互有重要的差異⁸。重點是，我們可以爭論某個特定的司法憲政工程應該怎麼做會比較好，但是在這項定義下，我們無從切割司法審查與憲政工程，而以分隔法與政治的形式論理，去否認司法憲政工程的存在以及可能⁹。

環繞在司法憲政工程的規範爭議，相當部分緣於論者（包括憲法法官們）對於政治部門與憲法法院各自從事民主制度設計的能力與品質，有著相當分歧的期待（信任）以及顧慮（不信任）。一方面，不少論者質疑，憲法法院欠缺憲政工程所需要的專業、政治手腕與民主正當性，而且他們也憂心，強勢的司法審查會父權地壓縮了民主自我治理的試誤空間¹⁰。基於這樣的顧慮，許多論者試圖節

7 See CHARLES L. BLACK, JR., *THE PEOPLE AND THE COURT: JUDICIAL REVIEW IN A DEMOCRACY* (1960); CASS R. SUNSTEIN, *ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT* (1999).

8 關於決策成本與錯誤成本的概念及其在司法審查理論上的應用，see SUNSTEIN, *supra* note 7.

9 See also Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 816, 827 (Michel Rosenfeld & András Sajó eds., 2012).

10 See, e.g., MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (1999); JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* (1999); RICHARD L. HASEN, *THE SUPREME COURT AND ELECTION LAW: JUDGING EQUALITY FROM BAKER V. CARR TO BUSH V. GORE* (2003); 葉俊榮，從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第261號與第499號解釋的解釋風格與轉型脈絡，收於：民主轉型與憲法變遷，頁209-252（2003年）；Pildes, *supra* note 1; Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *YALE L.J.* 1346 (2006); MELISSA SCHWARTZBERG, *DEMOCRACY AND LEGAL CHANGE* (2007); RICHARD BELLAMY, *POLITICAL CONSTITUTIONALISM: A REPUBLICAN DEFENCE OF THE CONSTITUTIONALITY OF DEMOCRACY* (2007).

制司法審查／司法憲政工程，期能防免憲法法院就此鑄下司法越權（judicial overreaching）這樣的積極錯誤（false positive）。另一方面，在政治場域由權力菁英所進行的憲政工程，內建有「球員兼裁判」（*nemo index in sua causa*）的利益衝突¹¹，也就是說，有權者往往會為了己身以及／或者所屬政黨的政治自利（political self-interests），而去操控民主政治的遊戲規則¹²。為了確保民主政治競爭的自由、開放與公平，不少論者冀望司法審查善盡守護民主的憲政職責¹³。在這樣的思考脈絡下，憲法法院在某些場合是否犯了司法退位（judicial abdication）這樣的消極錯誤（false negative），毋寧也受到了許多論者的關注。困難在於，對於一項司法憲政工程是否太過、不及、或者兼而有之的判斷，本身就充滿了規範性的異議（normative disagreement）與實證上的不確定性（empirical uncertainty）。在憲政工程這個政治的灌木叢（political thicket）

11 關於憲政制度設計蘊含的利益衝突問題，cf. ADRIAN VERMEULE, THE CONSTITUTION OF RISK 107-40 (2014).

12 關於民主制度規則的被操控可能，see, e.g., ADAM PRZEWORSKI, DEMOCRACY AND THE LIMITS OF SELF-GOVERNMENT 46 (2010); PIPPA NORRIS, WHY ELECTIONS FAIL 11-12 (2015).

13 See, e.g., JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980); Michael J. Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 GEO. L.J. 491 (1997); Samuel Issacharoff & Richard H. Pildes, *Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process*, 50 STAN. L. REV. 643 (1998); Daniel R. Ortiz, *Duopoly versus Autonomy: How the Two-Party System Harms the Major Parties*, 100 COLUM. L. REV. 753 (2000); Samuel Issacharoff, *Gerrymandering and Political Cartels*, 116 HARV. L. REV. 593 (2002); Elizabeth Garrett, *Is the Party Over? Courts and the Political Process*, 2002 SUP. CT. REV. 95 (2002); RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY 245-47 (2003); IAN SHAPIRO, THE STATE OF DEMOCRATIC THEORY 60-77 (2003); Pildes, *supra* note 1; Guy-Uriel E. Charles, *Democracy and Distortion*, 92 CORNELL L. REV. 601 (2007); Yasmin Dawood, *The Antidomination Model and the Judicial Oversight of Democracy*, 96 GEO. L.J. 1411 (2008); Yen-Tu Su, *Retracing Political Antitrust: A Genealogy and Its Lessons*, 27 J.L. & POL. 1 (2011); D. Theodore Rave, *Politicians as Fiduciaries*, 126 HARV. L. REV. 671 (2013); Edward B. Foley, *Due Process, Fair Play, and Excessive Partisanship: A New Principle for Judicial Review of Election Laws*, 84 U. CHI. L. REV. 655 (2017).

中，憲法法院往往動輒得咎、進退維谷，既難有從容而優雅的行動選項，也無從迴避司法憲政工程所蘊含的政治抉擇及其爭議¹⁴。

就跟許多民主國家的憲法法院一樣，司法院大法官對於我國憲政制度、民主制度的形構與發展，有相當程度的介入與影響，歷年來也累積了不少司法憲政工程的經驗¹⁵。綜觀司法院大法官的憲政工程實績，我們可以注意到幾件事情：(i) 司法院大法官據以進行司法憲政工程的主要案件（程序）類型，已經從早期的「單純疑義解釋」這個備受爭議的釋憲程序¹⁶，漸次轉移到了司法色彩較為濃厚的規範審查與憲政爭議裁決¹⁷。這項發展意謂著司法院大法官已經很難在一個案件中，以釋憲之名，完全只做憲政工程這件事情。

14 See also Persily, *supra* note 4; Gerken, *supra* note 6.

15 我國的司法憲政工程師並不限於司法院大法官；普通法院與行政法院無疑也做有若干重要的司法憲政工程，深值討論。比如說，臺灣臺北地方法院102年度訴字第3782號民事判決以及臺灣高等法院103年度上字第491號民事判決這兩個近例，即可被理解為是關於我國政黨法制的司法憲政工程；關於這兩件判決的評析，參見例如林春元，從國會自律到政黨民主？——從九月政爭談政黨的憲政影響與規範可能，憲政時代，40卷3期，頁299-304（2015年）；黃仁俊，開除黨籍與司法審查——黨內民主原則的再出發，東吳法律學報，27卷4期，頁121-126（2016年）。惟基於研究能力的限制以及討論聚焦的需要，本文僅討論由司法院大法官所作的司法憲政工程。關於司法院大法官所為司法憲政工程的既有學術討論，主要參見陳英鈴，民主鞏固與違憲審查——釋字第五八五號的困境，月旦法學雜誌，125期，頁63-77（2005年）；黃德福、蘇子喬，大法官釋憲對我國憲政體制的形塑，臺灣民主季刊，4卷1期，頁1-49（2007年）；林明鏘，大法官之憲法解釋與憲法續造，收於：周志宏、許志雄、蔡茂寅編，現代憲法的理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，頁785-808（2007年）；蘇永欽，大法官解釋政府體制的方法，收於：尋找共和國，頁82-125（2008年）；蔡宗珍，我國憲法解釋中的權力分立圖像，憲政時代，40卷4期，頁491-558（2015年）；李念祖，昨日、今日、明日，論權力分立的憲法解釋方法——以我國釋憲之政治正確意識為觀察中心，憲政時代，41卷2期，頁179-237（2015年）。

16 針對單純疑義解釋這項制度的分析與批判，主要參見許宗力，大法官釋憲行使的程序及範圍——從大法官審理案件法與修正草案之檢視談起，收於：憲法與法治國行政，頁88-130（1999年）；蔡宗珍，憲法疑義解釋程序之功能與存廢省思，台灣法學雜誌，148期，頁27-48（2010年）；不同意見另參見吳信華，憲法訴訟專題研究（一）：「訴訟類型」，頁460-468（2009年）。

17 參見蘇永欽（註15），頁110-111。

就此而言，司法院大法官所為憲政工程，已逐漸趨近比較司法上的主流，亦即是一種複合、依附於司法之其他任務（例如憲政爭議裁決與個人權利保護）的功能表現。(ii) 司法院大法官所做的司法憲政工程，迄今絕大部分是關於中央政府體制、權力分立（與制衡）的制度安排。對於已在不少憲政民主國家受到司法化、憲法法化的諸多民主法議題——例如比例代表制的選舉門檻（electoral thresholds）、議席—選區（重）配劃（(re-)apportionment）、政黨管制（party regulation）以及政治（競選）經費管制（political finance regulation; campaign finance regulation）等，司法院大法官則是較少介入。這樣的憲政景觀，固然主要緣於我國憲政發展的歷史脈絡，但是也有部分可以歸因於司法院大法官自己所作的釋憲議程設定¹⁸。(iii) 相較於有關人民基本權利的司法院大法官解釋，具有司法憲政工程意義的解釋案件，往往具有更高度的政治顯著性（political salience），也就是在司法院大法官做成解釋之前與之後，受有社會較多的關注與議論¹⁹。然而，相對於司法院大法官在人權領域所樹立的眾望與威名，它在憲政制度領域所獲得的社會與學術評價，似乎是毀譽參半，甚至往往噓聲多於掌聲²⁰。

18 關於司法院大法官的議程設定，參見蘇彥圖，釋憲時刻——初探司法院大法官的議程設定及其憲政效應，憲政時代，39卷4期，頁25-69（2014年）。

19 關於一件司法判決的政治顯著性及其度量方法，see, e.g., Todd A. Collins & Christopher A. Cooper, *Case Salience and Media Coverage of Supreme Court Decisions: Toward a New Measure*, 65 POL. RES. Q. 396 (2012); Tom S. Clark, Jeffrey R. Lax & Douglas Rice, *Measuring the Political Salience of Supreme Court Cases*, 3 J.L. & CT. 37 (2015)。筆者所屬中央研究院法律學研究所司法院大法官實證研究組群，已初步建置了司法院大法官解釋（1994-2013）的政治顯著性指數（political salience index, PSI）。這項指數於公開後，將可進一步佐證與量化內文所提及的印象式對比。

20 我國憲法學者對於司法院大法官所為有關憲政／權力分立制度之解釋的總體評價，參見湯德宗，權力分立新論，增訂2版（2000年）；葉俊榮，從國家發展與憲法變遷論大法官的解釋機能：1949-1998，收於：民主轉型與憲法變遷，頁253-322（2003年）；林明鏞（註15）；黃錦堂，論當前的行憲政策與憲法解釋，收於：湯德宗、廖福特編，憲法解釋之理論與實務（五），頁1-54（2007年）；蘇永欽（註15）；蔡宗珍（註15）；李念祖（註15）。

何以致之？我國不少憲法學者將矛頭指向了司法院大法官之重大憲政解釋的另一項特色：(iv) 司法院大法官，特別是在晚近的這二十多年來，時常倚重關於權力分立與制衡、責任政治、代議民主等基本憲政規範原則的抽象論理或者演繹，來裁決、處理我國憲政體制運作上所出現的具體爭議。在批評者眼中，這樣的作法既無從約束、避免大法官依其自身之政治與價值偏好來解釋憲法，就此所產生的憲政司法決策，自無異於赤裸的政治決定而難以服眾（特別是說服反對者）²¹。為了協助司法院大法官強化其所為憲政司法決策在（憲法）法學上的論證嚴謹度與可說服力，我國許多憲法學者致力於引介、進而建構針對憲政體制／權力分立的憲法解釋理論以及／或者司法審查理論²²。然而，Frank Michelman所指稱的「合理的解釋多元主義的事實」（the fact of reasonable interpretative pluralism）²³，構成了這項學術大業難以跨越的現實障礙：論者（包括大法官們）之間，不僅對於「憲政民主制度要做何等安排」

21 相關批評，參見蘇永欽，沒有方法的解釋只是一個政治決定——簡評司法院第六一三號解釋，月旦法學雜誌，136期，頁6-20（2006年）；陳愛娥，憲法解釋、立法與普通司法的權限互動：評司法院大法官釋字第六二七號解釋——以司法院大法官的論述方式為檢討重點，月旦法學雜誌，148期，頁98-115（2007年）；蘇永欽（註15）。

22 參見例如李惠宗，國家組織法的憲法解釋——兼評司法院大法官會議釋字三三七與四一九號解釋，臺大法學論叢，26卷4期，頁13-75（1997年）；湯德宗（註20）；林子儀，憲政體制問題釋憲方法之應用——美國聯邦最高法院審理權力分立案件之解釋方法，收於：廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集編輯委員會編，新世紀經濟法制之建構與挑戰——廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集，頁5-58（2002年）；張文貞、葉俊榮，邁向憲政主義——憲政體制的變遷與解釋，收於：湯德宗編，憲法解釋之理論與實務（四），頁411-460（2005年）；黃錦堂（註20）；蘇永欽（註15）；李念祖，權力分立制度之違憲審查基準初探——我國與美國憲法案例之對照觀察，收於：司法者的憲法（二），頁465-549（2013年）；吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，增訂3版（2015年）。

23 Michelman是以這項命題補充John Rawls所指稱的「合理的多元主義的事實」（the fact of reasonable pluralism）；see Frank I. Michelman, *Constitutional Authorship*, in CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 64, 88-89 (Larry Alexander ed., 1998); 華文之相關介紹另參見蘇彥圖，憲政民主的死人之手問題——憲法規範權威的初步反省，收於：李建良編，憲法解釋之理論與實務（九）——憲政主義與人權理論的移植與深耕，頁177-178（2017年）。

這件事情，難有厚實的規範共識可言；對於「如何解釋憲政體制（或者說，運用何種論證方法來做成憲政司法決策）」這件事情，論者之間毋寧也充滿了合理的異議。既有文獻中的主流意見，基本上試圖以更為縝密、細緻的法學方法，來約束、控制司法院大法官所為憲政司法決策，以期確保此等決策在法理論上的一致性與可預測性。可是，如果民主憲政工程的司法化、憲法法化，正是（或者說，才是）問題或者困難之所在，那麼進一步司法化憲法法院所為憲政工程的學術努力，究竟能否解決問題，或者會使得問題更加難解，或許就有重行檢討的餘地。

如果我們——作為憲法法、民主法的研究者——仍然希望對深陷於政治的灌木叢中的憲法法院，提供中肯、實用的理論導引的話，我們或許應該重新省思我們對於司法院大法官所為憲政制度決策的基本規範期待，然後在這個基礎上，從事相關司法理論（*doctrinal theories*）的改造乃至創新。對於司法院大法官作為「憲政爭議裁決者」的功能角色，我國憲法法學界業已展開了跳脫傳統憲法釋義學格局、重視憲政發展脈絡的規範理論思辯²⁴。不過，針對司法院大法官作為「憲政工程師」的功能角色，我國的憲政學術社群還未提出比較全面而系統的觀察與反省。由於做一個憲政爭議裁決者，跟做一個司法憲政工程師，基本上是兩回事，而且憲法法院在這兩種功能角色之間，也未必能夠兩全，既有文獻對於前者的重視與對於後者的輕忽，很難不說是一種遺憾。基於這樣的觀察以及本文研究能力的限制，本文聚焦於觀察、反省司法憲政工程這個較被我國論者忽略的功能面向，期能藉此擴大我國既有文獻對於司法院大法官在憲政制度領域所承擔之功能角色的理解與想像。至於

24 參見例如郭銘松，違憲審查機制解決政治僵局可能性之評估——以司法院大法官針對政治部門權限爭議之解釋為中心，*臺大法學論叢*，30卷2期，頁251-289（2001年）；葉俊榮（註10）；張文貞，中斷的憲法對話：憲法解釋在憲法變遷脈絡的定位，*臺大法學論叢*，32卷6期，頁61-102（2003年）；張文貞、葉俊榮（註22）；黃錦堂（註20）；蘇永欽（註15）。

「司法院大法官／憲法法院應該如何拿捏、取捨憲政爭議裁決者與憲政工程師這兩種功能角色」這項難題，則有待更進一步的研究，不在本文的討論範圍內。另由於司法憲政工程並非司法院大法官所獨有，而是一項普遍存在於憲法法院的難題，本文主要嘗試在一般理論的層次上，對於憲法法院從事憲政工程的根本困難與改進之道，進行規範理論的反省與建構，並將之應用於檢討司法院大法官的相關實踐經驗。至於應否以及如何基於我國憲政發展脈絡的特殊性而去修正、調整一般理論所為論斷或建議，也不在本文的理論議程中，而有待未來更深入的研究。

基於對歷史經驗的反省以及關於憲政民主的規範考量，本文認為，司法院大法官（乃至一般而言的憲法法院）在從事司法憲政工程的時候，確有謹慎、「自制」之必要。問題是，不論是我國多數學者所倡議之「憲法（釋義）學理紀律的強化」，抑或是由Cass R. Sunstein所代言的司法最小主義（judicial minimalism）²⁵，均未必有助於司法憲政工程的最適化，甚至還可能適得其反，提高了司法憲政工程的錯誤風險²⁶。本文就此提出結構最小主義（a structural minimalist approach）的初步構想：憲法法院一方面應該坦然面對司法審查作為憲政工程這件事，決策時應盡可能地審慎評估各種並不限於個案的憲政後果；另一方面，憲法法院也必須清楚意識到，司法審查終究不是憲政工程的最適工地，而應設法將憲政工程的機會與空間，留給民主的政治程序。質言之，作為結構最小主義者的憲

25 See SUNSTEIN, *supra* note 7; CASS R. SUNSTEIN, RADICALS IN ROBES: WHY EXTREME RIGHT-WING COURTS ARE WRONG FOR AMERICA (2005); CASS R. SUNSTEIN, A CONSTITUTION OF MANY MINDS: WHY THE FOUNDING DOCUMENT DOESN'T MEAN WHAT IT MEANT BEFORE (2009) [hereinafter SUNSTEIN, A CONSTITUTION OF MANY MINDS]; CASS R. SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE: HEROES, SOLDIERS, MINIMALISTS, AND MUTES (2015) [hereinafter SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE].

26 See also Heather K. Gerken, *The Costs and Causes of Minimalism in Voting Cases: Baker v. Carr and Its Progeny*, 80 N.C. L. REV. 1411 (2002).

法法官，既會是 (i) 重視系統分析 (systemic analysis)²⁷ 以及民主法的結構論 (structural approach)²⁸ 的司法憲政工程師，也會是 (ii) 對司法自制 (judicial self-restraint) 念茲在茲的最小主義者。本文主張，結構論與司法最小主義這兩種取徑是可以被整合在一起的，而且就此形成的結構最小主義，雖然無法解消存在於司法憲政工程的內在矛盾，但是應可引領憲法法院直視、擁抱司法憲政工程的艱困挑戰，從而促成較為睿智 (wise)、穩健 (prudent) 的司法憲政工程決策。除了論證結構最小主義作為一種司法憲政工程風格的理論可能，本文也嘗試提出兩項初步的工法建議：(i) 建構合宜民主工程的避風港 (creating safe harbors for appropriate democratic engineering) 以及 (ii) 最小主義的結構論 (practicing minimalism while applying structural approaches)。藉由這兩項工法建議的提出，本文一方面嘗試具體化作為司法憲政工程之一種風格取向的結構最小主義，另一方面也試圖擴充結構最小主義者所能運用的司法理論工具，據以降低其對傳統司法技藝 (judicial craftsmanship) 的依賴。

本文的主要論述分為三個部分。本文「貳」運用Sunstein所提出的英雄 (Heroes)、士兵 (Soldiers)、默者 (Mutes) 與最小主義者 (Minimalists) 等四種憲政人格典型 (constitutional personae)²⁹，對於司法院大法官歷來所做的有關憲政民主制度的解釋，進行概略的、擇例式的風格分析與檢討。本文試圖藉此描述、解析司法院大法官所為司法憲政工程的多重風貌，也對司法院大法官作為憲政工程師的實作經驗，提出本文的初步評價。本文「參」析論司法憲政工程的內在矛盾，並論證何以講求謹慎、謙抑的司法最小主義，在

27 See ADRIAN VERMEULE, *THE SYSTEM OF THE CONSTITUTION* (2011); VERMEULE, *supra* note 11.

28 參見蘇彥圖 (註4)。

29 SUNSTEIN, *CONSTITUTIONAL PERSONAE*, *supra* note 25.

司法憲政工程這個功能面向上有其魅力，可是其傳統工法的應用，卻有相當的侷限乃至反效果。本文「肆」提出結構最小主義的規範主張，也基於這項風格設想而提出兩項初步的工法建議。除了申論結構最小主義的基本構想，本文也嘗試以實例模擬、評量其具體應用的可能產出。Sunstein多次強調，他所提出的司法最小主義，不是一個完整的憲法解釋理論或者司法審查理論³⁰；本文所提出的結構最小主義也不是。本文就此所為立論，主要是試圖開展出一個關於司法憲政工程之風格典型的另類規範想像（亦即結構論與司法最小主義的整合），並且根據這個規範想像，進一步操作化「謹慎」、「謙卑」、「自制」等憲法法院在從事司法憲政工程的時候所應該遵循的道德誠命。在許多場合，本文所倡議的結構最小主義，就跟Sunstein所倡議的司法最小主義一樣，並無法對憲法法院該怎麼做司法憲政工程這件事，提供確切、縝密的約束或者指引——也就是說，在結構最小主義的實踐過程中，憲法法院通常還是會有相當的決策形成空間。本文也不認為，作為一種司法憲政工程工法的結構最小主義，必然而且絕對優於其他工法。不過，本文認為，結構最小主義至少會引領憲法法院更加坦然地面對、反省司法憲政工程的內在矛盾，而這也正是這項主張的比較優勢所在。

貳、司法憲政工程在台灣：風格與經驗

在傳統憲法（釋義）理論的討論脈絡中，我們往往特別關注某個司法院大法官解釋的程序合法性、規範依據（審查基準）、解釋標的、審查密度（審查標準）、解釋方法、理由與論據、決策宣告模式與效力……等各種形式或實質的合法性議題。這些議題無疑都

³⁰ *Id.* at 146 (stating that “minimalism is not a complete theory of interpretation, and it is hardly an approach for all times and all seasons”).

很重要。我們通常是在這些議題面向上，對司法院大法官所為決策的正確性與妥當性，做出我們在憲法學上的規範評價。不過，傳統憲法學的評價標準，並不必然是判斷一項司法憲政工程是否合宜的唯一或者最適準據。如果我們想要確切評估憲政工程被司法化、憲法法化的利弊得失，一個比較妥適的做法，或許是把一項司法憲政工程當作憲政工程看待，而以我們對於憲政工程（而非司法判決）的規範期待，對之進行評價。這個評價觀點的選取，也在一定程度上決定了本文就司法院大法官所為司法憲政工程的類型分析方法。憲政工程基本上（還）是一門藝術（而非科學）；司法的憲政工程也是。在比較眾多在主題、素材上差異甚大的藝術品的時候，我們往往可以在一個比較抽象的層次上，討論它們在風格／藝術流派上的異同。基於這樣的比擬，本文試圖以「風格」作為類型分析的對象，對司法院大法官在憲政工程上的實作經驗，提出本文的觀察與檢討。

那麼，我們又該如何區辨、類型化司法院大法官所為司法憲政工程的風格呢？由於司法憲政工程通常是司法審查決策的其中一個功能面向，而且在涉及規範審查的場合，其猶可能是司法審查決策的重心所在，我們基本上可以援用針對一項司法決策的整體／一般風格分析，來討論該決策所涉司法憲政工程的風格，而未必要另行開發專門只適用於司法憲政工程的部分／特殊風格分析。另外有待選擇確定的是，我們要在何種抽象／一般層次（level of generality）上，討論司法院大法官的決策風格？由於本文在此的研究目的，是藉由簡單的風格分析，概略而通盤地檢討司法院大法官的憲政工程經驗，而不在精準、細膩地描述司法院大法官的決策風格，本文在此選擇適用一般理論上討論司法決策風格的分類架構，來分析司法院大法官的決策風格，而不另行開發脈絡化、本土化的

分類架構³¹。基於以上考量，本文在此援引Sunstein所提出的憲政人格的四種主要典型——英雄、士兵、默者與最小主義者，作為討論司法院大法官所為司法憲政工程風格的基本分類。雖然說Sunstein主要是以這套分類架構，析論存在於美國憲法法脈絡中的多重憲政人格，不過他所使用的類型判準，並非美國憲法所獨有，而是很容易就可以被一般化的，所以我們可以將之應用於討論存在於另一個憲法法脈絡中的典型／一般憲政人格³²。再者，雖然說Sunstein的這套分類，主要是以個別的美國聯邦最高法院大法官或個別的憲法學者，作為分析對象，不過他完全是根據這些人公開於世的憲法意見（作品），分析他們各自所展現於外的憲政人格。如果我們可以就此識別單一作者的憲政人格，我們毋寧也可以運用相同的分析方法，去解讀一項集體創作的憲法意見（司法決策）所展現的風格特質。換句話說，我們可以將Sunstein所界稱的憲政人格，理解為是擬人化了的憲政風格。相較於「司法積極主義v.s. 司法自制」這組在司法政治與司法哲學討論上習用的二元分析架構而言，這組憲政人格／風格分類，同時考慮了司法決策的結果及其方法（approaches），在操作應用上確實較為困難，而且個別司法決策的風格認定，也難免具有一定程度的主觀性³³。不過，這套分類架

31 我國憲法學者李念祖就司法院大法官運用法效果解釋法所做成的權力分立解釋，歸納出了多種以華文成語命名的風格類型（例如「直道而行」、「曲裡從權」、「智者千慮」、「自反而縮」等）；參見李念祖（註15）。此項理論嘗試，應可被界定為是一種聚焦於本土釋憲經驗的憲政風格分析，深值重視。

32 Sunstein明白指出，其所指認的這四種憲政人格典型，並不僅存在於美國憲法，亦可見於其他憲政民主國家；see SUNSTEIN, *CONSTITUTIONAL PERSONAE*, *supra* note 25, at 2. 在一般的風格類型外，司法院大法官是否已發展出若干台灣本土原生的特殊決策風格，則有待進一步的檢證。

33 關於司法積極主義與司法自制作為司法政治研究的分析架構及其應用，see generally STEFANIE A. LINDQUIST & FRANK B. CROSS, *MEASURING JUDICIAL ACTIVISM* (2009)。關於司法積極主義與司法自制的司法哲學論辯，see, e.g., Craig Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, 58 EMORY L.J. 1195 (2009); Richard A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, 100 CALIF. L. REV. 519 (2012)。

構，除了應可幫助我們開展出一個比較豐富而細膩的經驗描述，也有助於我們去開擴對於司法憲政工程的理解與想像。畢竟，並不是只有在司法積極的時候，才有司法憲政工程可言。

一、英雄

「司法英雄的基本特質，就在於他們既胸懷萬里 (big) 又威猛果敢 (bold)。³⁴」對於憲政司法在民主社會中所扮演的角色，英雄型的憲法法官有高度的自我期許；他們往往具有高度的理論雄心，對於憲法法的解釋與適用瞭然於心、說一不二³⁵；他們有捨我其誰的責任心，更有「雖千萬人，吾往矣」的行動氣魄。司法英雄造就了英雄風格的司法憲政工程：在所屬民主社會還未有高度規範共識、不是沒有相當程度之合理異議的情況下，此類型的司法憲政工程或者 (i) 將某項既有的憲政民主制度宣告為違憲，或者 (ii) 以解釋憲法、保障人權或者裁決爭議之名，創設了某種新的憲政制度安排。

若以上述 (i)、(ii) 這兩項判準檢視司法院大法官的憲政工程經驗，則我們不難發現，有不少司法院大法官解釋（以下簡稱釋字），都帶有或多或少的英雄色彩。舉例來說，藉由英雄風格的司法憲政工程，司法院大法官在威權時期（1949～1987），除了為「萬年國會」奠基（釋字第31號（1954）、釋字第85號解釋（1960）），也賦予監察、司法兩院立法提案權（釋字第3號（1952）、釋字第175號解釋（1982））。在民主轉型時期（1987～2000），司法院大法官以英雄／司法積極主義者（judicial activists）之姿，終結了「萬年國會」（釋字第261號解釋（1990））、確立「預告修憲」法則（釋字第314號解釋（1993））、賦予立法院文件調閱權（釋字第325號解釋（1993））、創設僅適用於不分區及僑選立法

34 SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 5.

35 *Id.* at 6.

委員的反叛黨法（anti-defection law）（釋字第331號解釋（1993））、限制國會預算審議權限（釋字第391號解釋（1995））、憲法法化了國會改選後的內閣總辭（釋字第387號解釋（1995））、建構了國會委員會的備詢制度（釋字第461號解釋（1998））……更一舉將1999年「國大延任」的憲法增修條文宣告為違憲（釋字第499號解釋（2000））。在台灣民主趨於鞏固之後，司法院大法官在憲政工程上仍屢有積極表現，其中無疑包括賦予立法院調查權的釋字第585號解釋（2004），以及細密規制總統之刑事豁免權與國家機密特權的釋字第627號解釋（2007）。

雖然說自由派人士與保守派人士對於司法英雄該做甚麼事情，有著截然不同的期待，作為一種描述性的憲政人格典型，英雄受到了許多人（特別是不少法學教授）的賞識與推崇³⁶。在我國，釋字第261號與釋字第499號解釋這兩個以自由民主憲政秩序匡正形式憲法規範的重大憲政司法決策，尤其在一般公眾的觀感上，深化了司法院大法官作為憲法維護者的形象與權威。然而，從憲政工程的角度而言，英雄取向的司法憲政工程，基本上存在有兩重無法被輕易解消的顧慮。首先，司法英雄主義（judicial heroism）有可能不過是司法父權主義（judicial paternalism）的另類表述。愈是缺乏相當程度之社會（規範）共識的支持，英雄式的司法憲政工程，就愈會壓縮民主實驗的過程與空間，而這對珍視民主作為政治過程的論者來說，不能不說是一個相當沉重的代價。其次，如果說憲法法官頂多只是次優的憲政工程師，甚至囿於司法審查的有限理性（bounded rationality）而容易在需要全局考量與細膩權衡的憲政工程中犯下決策錯誤的話，那麼一項英雄風格的司法憲政工程，其設計與施作品質是否夠好，或者其實存在嚴重的瑕疵——這就有檢討的餘地。一個值得檢討的案例是釋字第331號解釋。在該號解釋

36 *Id.* at 8-9.

中，司法院大法官逕以「憲法增設（按：政黨比例代表）制度之本旨」為由，想當然爾地推論「此種民意代表如喪失其所由選出之政黨黨員資格時，自應喪失其中央民意代表之資格。」儘管我國憲法學界直到2013年的「九月政爭」之後，才對這項決策結論的正確與否，做有比較深刻的論辯³⁷，從國際上有關反叛黨法的豐富討論以觀³⁸，我們很難不對這項司法憲政工程是否不當地「先占」（preempt）了民主的制度形成空間，以及這項司法決策的政策妥當性，有所質疑。釋字第331號解釋並不是一個孤例。司法院大法官對於我國國會調查權法制的開創及其侷限（釋字第325、585、729

37 我國憲法學界的相關討論參見張嘉尹，誰跨越了憲政主義的邊界？——「九月政爭」的憲法學詮釋，*台灣法學雜誌*，234期，頁5-16（2013年）；陳英鈞，假處分定馬、王憲政地位，*台灣法學雜誌*，233期，頁3-8（2013年）；廖元豪，開除國會議長是違憲？，*台灣法學雜誌*，233期，頁9-13（2013年）；蘇彥圖，兩種紀律間的戰爭：一個關於台灣當前黨／國分際爭議的敘事與評論，*台灣法學雜誌*，233期，頁14-18（2013年）；許宗力，2013年憲法發展回顧，*臺大法學論叢*，43期，頁1067-1071（2014年）；吳庚、陳淳文（註22），頁508-511；詹鎮榮，總統、政黨與國會之相互關係——以政黨影響國政之憲法基礎及界限為中心，*憲政時代*，41卷3期，頁446-451（2016年）。

38 關於反叛黨法的比較研究與／或規範理論討論，*see, e.g.*, Andrew Geddis, *Gang Aft A-Gley: New Zealand's Attempt to Combat "Party Hopping" by Elected Representatives*, 1 *ELECTION L.J.* 557 (2002); Andrew Geddis, *Proportional Representation, "Party Hopping" and the Limits of Electoral Regulation: A Cautionary Tale from New Zealand*, 35 *COMMON L. WORLD REV.* 24 (2006); Susan Booyesen, *The Will of the Parties versus the Will of the People? Defections, Elections and Alliances in South Africa*, 12 *PARTY POL.* 727 (2006); Kenneth Janda, Address at the 2009 World Congress of the International Political Science Association: Laws against Party Switching, Defecting, or Floor-Crossing in National Parliaments (July 12-16, 2009); ANIKA GAUJA, *POLITICAL PARTIES AND ELECTIONS: LEGISLATING FOR REPRESENTATIVE DEMOCRACY* 199-203 (2010); Martin Goeke & Christof Hartmann, *The Regulation of Party Switching in Africa*, 29 *J. CONTEMP. AFR. STUD.* 263 (2011); Zdzisław Kędzia & Agata Hauser, *The Impact of Political Party Control over the Exercise of the Parliamentary Mandate* (Inter-Parliamentary Union, Working Paper, 2011); WEN-CHEN CHANG, LI-ANN THIO, KEVIN YL TAN & JIUNN-RONG YEH, *CONSTITUTIONALISM IN ASIA: CASES AND MATERIALS* 490-93 (2014); ISSACHAROFF, *supra* note 1, at 249-54; Csaba Nikolenyi, *The Adoption of Anti-Defection Laws in Parliamentary Democracies*, 15 *ELECTION L.J.* 96 (2016).

號等解釋（2015）），毋寧是另一個值得做深入檢討的議題³⁹。長遠而言，憲政工程上的司法英雄主義，究竟是利大於弊，抑或是得不償失，又是否增加了司法憲政工程的錯誤風險——這些問題，都還有待仔細而客觀的理性評估⁴⁰。只是，在英雄的魅力底下，我們往往很難理智地、不帶感情地估量他們所作所為的利弊得失⁴¹。

二、士兵

與英雄正相對立的憲政人格典型是士兵，其人格特質就是願意服從上級的命令；而對司法士兵來說，他們所服膺的上級，通常即是政治部門⁴²。在司法士兵的自我角色認知裡，他們不過就是聽命行事的下屬（subordinates），當然最好保持謙卑與低調，而且應當要對長官畢恭畢敬⁴³。「如果我的同胞們要下地獄，我會幫助他們。這是我的職責所在。」前美國聯邦最高法院大法官 Oliver Wendell Holmes 的這句名言，或許便是司法士兵的座右銘⁴⁴。司法士兵致力於忠實地「依法審判」；除非法律極其明白地牴觸了憲法的明文或者意旨，他們不會（也非常忌諱）以司法審查的權力，去

39 關於我國國會調查權法制的文獻討論，參見例如陳新民，憲法學釋論，修正7版，頁609-620（2011年）；陳淑芳，德國之國會調查權，收於：權力劃分與權限歸屬學術論文集，頁75-99（2011年）；吳庚、陳淳文（註22），頁524-528；司法院釋字第729號解釋大法官蘇永欽協同意見書、大法官李震山協同意見書、大法官陳春生協同意見書、大法官林錫堯部分協同與部分不同意見書、大法官蔡清遊部分協同部分不同意見書、大法官陳新民部分協同部分不同意見書、大法官羅昌發部分協同部分不同意見書、大法官湯德宗部分協同部分不同意見書、大法官陳碧玉部分不同意見書、大法官黃茂榮不同意見書。

40 Adrian Vermeule 強調，我們在評估一項關於憲法解釋或司法審查的理論時，不應只問其於若干眾所矚目的大案的適用結果，是否合於我們的規範期待，而應考量其長期適用後的整體效益；see ADRIAN VERMEULE, JUDGING UNDER UNCERTAINTY: AN INSTITUTIONAL THEORY OF LEGAL INTERPRETATION 280-82 (2006).

41 SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 146.

42 *Id.* at 10-11.

43 *Id.* at 11.

44 *Id.*

廢棄或者更動民主政治程序所產出的集體決策⁴⁵。士兵型的司法憲政工程師，會高度尊重民主的憲政工程師經由制／修憲或立法程序所做的憲政制度安排；對其認定為合憲的政治管制，他們也不會在立法政策上指指點點、說三道四。司法士兵主要是藉由 (i) 拒斥司法造法的憲法解釋方法，以及／或者 (ii) 對政治部門所為決策的寬鬆（deferential）審查，來遂行司法憲政工程，而其結果往往會給予既存憲政秩序一定程度的司法肯認／正當性加持。

釋字第342號解釋（1994）高度尊重議事程序事項的國會自律，僅以「明顯重大瑕疵」之審查標準，就國安三法的立法程序進行寬鬆審查。釋字第468號解釋（1998）以「在合理範圍內所為適當之規範」與「並未逾越立法裁量之範圍」等說辭，肯認了總統副總統選舉罷免法就獨立參選人所設連署制度（以及連署保證金制度）的合憲性。釋字第721號解釋（2014），則是肯認憲法增修條文第4條就立法委員選舉制度所採並立式單一選區兩票制、政黨比例代表席次以及5%的政黨比例代表選舉門檻，「並未違反現行憲法賴以存立之自由民主憲政秩序」。這三號解釋，均可說是司法院大法官採行士兵路線之司法憲政工程的代表案例，而這三號解釋所獲得的社會與學術評價，則反映了這項風格路線經常會遭遇到的一項質疑：順從「上」意的司法士兵，有可能是怯懦而沒有擔當的，甚至還可能助紂為虐。以比例代表制之選舉門檻的設置為例，有些論者就殷切期待憲法法院對於這項在選制工程上避免政黨體系零碎化的人為（選舉市場）進入障礙（artificial barrier of entry），進行比較嚴格的把關，因為他們懷疑，這項措施所標舉的正當化事由——例如

45 See also James Bradley Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129 (1893); VERMEULE, *supra* note 40. Sunstein 另將原義主義者（originalists）歸類為「二階士兵」（second-order Soldiers）這個次類型，因為他們聽命於制（修）憲者，且會無所遲疑地廢棄與憲法原意不符的嗣後民主決策，從而是兼有英雄與士兵之特質的英雄—士兵（Hero-Soldiers）；see SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 14-15.

確保代議民主之可治理性（*governability*）——很可能不過是空洞的修辭，既無從掩飾其圖利大黨的反競爭性（*anti-competitiveness*），也不足以正當化其所造成的「選票不等值」⁴⁶。大法官李震山、陳春生、陳新民、羅昌發以及黃茂榮各自在隨同釋字第721號解釋所發表的個別意見書中，均表達了對於此等疑慮的認同，但是面對2005年修憲者的明確意志，除了黃茂榮大法官以外，其他四位大法官，終究選擇了尊重而不是抗命⁴⁷。大法官蘇永欽以及湯德宗，則是在他們各自所提出的意見書中，進一步強調民主修憲者與釋憲者之間的主從關係⁴⁸。比起代議民主程序中的立法者，制／修憲者或者直接民主的立法者，在現實政治上是否真的更能代表作為主權者的「我們人民」，從而可對憲法法官提出更強的服從義務要求——這毋寧仍有討論的空間⁴⁹。不論如何，要效忠一個非理想（*non-*

46 See Kieran Williams, *Judicial Review of Electoral Thresholds in Germany, Russia, and the Czech Republic*, 4 ELECTION L.J. 191 (2005); 陳柏霖，論我國國會政黨比例代表之門檻規定——兼以德國法為比較對象，憲政時代，34卷2期，頁123-152（2008年）；蕭文生，百分之五政黨門檻之合憲性——司法院釋字第721號解釋評析，台灣法學雜誌，252期，頁33-47（2014年）；陳慈陽，評司法院大法官釋字第721號解釋，台灣法學雜誌，254期，頁59-76（2014年）；楊承燁，由憲法平等選舉原則評析我國立法委員選舉制度，中研院法學期刊，15期，頁331-400（2014年）；林春元，司法審查、選舉制度與民主代表性——從司法院釋字第721號解釋談起，中研院法學期刊，20期，頁155-210（2017年）；*but cf.* Richard H. Pildes, *The Theory of Political Competition*, 85 VA. L. REV. 1605 (1999)；李建良，政黨比例代表制與選舉平等原則——以德國聯邦眾議院選舉制度為例，收於：憲法理論與實踐（二），2版，頁171-234（2007年）；李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，收於：法治斌教授紀念論文集編輯委員會編，法治與現代行政法學：法治斌教授紀念論文集，頁187-211（2004年）。

47 參見司法院釋字第721號解釋大法官李震山協同意見書、大法官陳春生協同意見書、大法官陳新民協同意見書、大法官羅昌發協同意見書、大法官黃茂榮不同意見書。

48 參見司法院釋字第721號解釋大法官蘇永欽協同意見書、大法官湯德宗部分協同部分不同意見書。

49 由於2005年的任務型國民大會代表選舉僅有23.36%的投票率，對於該次修憲實質上有多少民主正當性可言，我國不少論者表示懷疑；參見例如林濁水，歷史劇場：痛苦執政八年，頁101（2009年）。關於直接民主之司法審查密度的美國法討論，*see, e.g.*, Julian N. Eule, *Judicial Review of Direct Democracy*, 99 YALE L.J. 1503 (1990); Editorial Staff, *Note: Judicial Approaches to Direct Democracy*,

ideal) 的憲政秩序並且扮演它的馬前卒，這對立志扮演司法士兵的憲法法官來說，並不是一項輕鬆的考驗，而且憲政理想與憲政現實之間的差距愈大，司法士兵所要承受的良心煎熬可能也愈大。

三、默者

在面對一個社會上意見相當分歧甚至對立的爭議問題時，保持沉默時常可以是政治以及司法的一種態度乃至選項。Sunstein將有此傾向的憲政人格典型稱為默者。「默者寧可對困難的問題不予決定。他們相信沉默是金。⁵⁰」提出司法審查之抗多數決困境(the counter-majoritarian difficulty)這項經典命題的Alexander Bickel，可以算是司法默者的最佳理論代言人；司法默者所奉行與追求的，基本上即是Bickel所宣揚的消極美德(the passive virtues)⁵¹。司法憲政工程師也可以是默者。藉由(i)在選案決策上的不予受理、(ii)運用多種可司法性理論(例如當事人適格與政治問題理論)而不予受理或不予(實質)審查、或者(iii)採取迴避憲法問題(constitutional avoidance)的多種策略(例如合憲法律解釋)，憲法法院可以發展出具有默者風格的司法憲政工程。這項風格的指認並不是無中生有的，因為一個默者型的司法憲政工程，背後必有一個基於策略、慎重(prudence)或者法規範要求的司法決策，而且此等決策，往往隱存有「無為而治」的工程用意。晚近美國聯邦最高

118 HARV. L. REV. 2748 (2005); Elise Hofer, *The Case for Judicial Review of Direct Democracy*, 4 J.L. 49 (2014); Michael E. Solimine, *Judicial Review of Direct Democracy: A Reappraisal*, 104 KY. L.J. 671 (2015).

50 SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 2.

51 See ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (1962); 黃昭元，抗多數困境與司法審查正當性——評Bickel教授的司法審查理論，收於：台灣憲法之縱剖橫切，頁301-342(2002年)；黃舒芃，*The Countermajoritarian Difficulty Revisited—An Examination of Bickel's Theory of Judicial Review from Dworkin's Perspective*，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁363-389(2009年)；SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 19-21.

法院有些迴避憲法問題的做法，甚至還被論者認為具有約制民主立法的積極效果⁵²。

由於會明白而且具體地劃設、標記出某個司法不得或者不會介入的民主憲政工程範疇，政治問題理論或統治行為理論的應用，或許是最為顯眼的默者型司法憲政工程。司法院大法官迄今僅在關於國家領土範圍之界定的釋字第328號解釋（1993），以及釋字第419號解釋（1996）中就新總統就職後內閣總辭之處置所為決策，援用了政治問題或統治行為理論，而對系爭事項不予審查。不過，在關於立法院之條約審議權的釋字第329號解釋（1993）、關於立法院改選後之內閣總辭的釋字第387號解釋（1995）、關於核四停建爭議的釋字第520號解釋（2001）以及關於立法院消極不行使監察委員人事同意權的釋字第632號解釋（2007）這幾個案件中，均有個別大法官引用政治問題理論，而提出默者的異議⁵³。作為一項司法理論，政治問題理論本身的司法可操作性（judicial manageability）在我國一直備受爭議⁵⁴。不論如何，它似乎並無力阻擋或者扭轉民主

52 See Neal Kumar Katyal & Thomas Schmidt, *Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change*, 128 HARV. L. REV. 2109 (2015).

53 參見司法院釋字第329號解釋大法官李鐘聲不同意見書；司法院釋字第387號解釋大法官吳庚不同意見書；司法院釋字第520號解釋大法官陳計男部分協同意見書、大法官施文森部分不同意見書、大法官董翔飛部分不同意見書；司法院釋字第632號解釋大法官余雪明部分不同意見書、大法官彭鳳至、余雪明不同意見書。

54 參見例如郭銘松，從憲法修正條文之可司法性論政治問題不審查原則——以美國聯邦憲法第二十七增補條款為例，憲政時代，23卷4期，頁1-22（1998年）；許宗力，憲法與政治，收於：憲法與法治國行政，頁1-52（1999年）；李建良，論司法審查的政治界限——美國「政治問題原則」初探，收於：憲法理論與實踐（一），頁269-320（1999年）；李建良，政治問題與司法審查——試評司法院大法官相關解釋，收於：憲法理論與實踐（一），頁2-39（1999年）；李念祖，再論「政治問題」理論在我國憲法解釋上之運用，臺大法學論叢，29卷2期，頁43-77（2000年）；廖元豪，從政治問題理論，論兩岸關係憲法定位之可司法性，政大法學評論，71期，頁27-77（2002年）；廖元豪，美國憲法釋義學對我國憲法解釋之影響——正當程序、政治問題與方法論之比較，憲政時代，30卷1期，頁1-44（2004年）。

憲政工程司法化、憲法法化的大勢⁵⁵。

然而，政治問題理論的失勢，並不表示默者在司法憲政工程領域已然被邊緣化，因為他們還是可以、甚至寧可採取較不張揚、也較不僵固的做法，伸展他們沉默的力量。一個從比較民主法的角度觀之可謂相當顯著的例子，是近年來司法院大法官對於我國議席——選區不均配劃（malapportionment）此項議題的三度不受理⁵⁶。經由選案決策，默者在一定程度上掌控、設定了司法憲政工程的議程／時機⁵⁷。不論是否基於策略或者慎重之考量，就此形成的時際性（temporal）司法沉默，難免會讓對於司法審查有所指望（例如想要藉由司法院大法官的違憲宣告來啟動或加速政治改革進程）的人們感到失望。而當司法院大法官以「聲請人所陳，僅係以個人主觀見解泛稱系爭規定違憲，尚難謂客觀上已具體指明……法令有何抵觸憲法之處」這類陳詞議決不受理的時候，我們也很難說服公眾，此際的司法沉默，完全沒有「正面肯認制度現狀」的弦外之音——即使這樣的「誤讀」，正是司法默者極力想要避免的⁵⁸。司法默者在台灣所面臨到的最大困境，或許就在於：他們沒有辦法什麼話都不講（因為不受理決定必須敘明理由），卻又不能只說真話⁵⁹。

四、最小主義者

在Sunstein的憲政人格分類中，最小主義者是默者的表親⁶⁰：他

55 See generally, NADA MOURTADA-SABBAH & BRUCE E. CAIN EDS., *THE POLITICAL QUESTION DOCTRINE AND THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES* (2007).

56 參見大法官第1343次會議議決不受理案件第10案，會台字第8732號（2009）；大法官第1406次會議議決不受理案件第29案，會台字第10658號（2013）；司法院釋字第721號解釋（2014）。

57 關於司法審查的議程控制，see generally David Fontana, *Docket Control and the Success of Constitutional Courts*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 624 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2011)；蘇彥圖（註18）。

58 SUNSTEIN, *CONSTITUTIONAL PERSONAE*, *supra* note 25, at 26-27.

59 參見蘇彥圖（註18），頁54-56。

60 SUNSTEIN, *CONSTITUTIONAL PERSONAE*, *supra* note 25, at 24.

們基本上是以不同的方式，在不同的程度上，實踐他們的共同家訓：司法自制。最小主義者在很多事情上也希望保持沉默，不過他們不若默者那般寡言；「……最小主義者傾向於認為小幅、漸進的步伐是高度可欲的，因為此舉讓事情得以往被認為是比較好的方向有所進展。⁶¹」作為漸進主義的奉行者，最小主義者在憲法理論上並不會擁抱（甚至還會排斥）任何雄心十足的基礎理論（foundational theory）——「他們寧淺勿深」（“They prefer shallowness to depth.”）；最小主義者也高度重視具體個案的事實以及脈絡——「他們寧窄勿寬」（“They prefer narrowness to width.”）⁶²。Sunstein進一步區分了柏克流的最小主義者（Burkean Minimalists）與理性主義的最小主義者（rationalist Minimalists）這兩種次類型：柏克們高度珍視傳統，而理性主義者則要求傳統必須受到理性的批判與檢證⁶³。在司法憲政工程的場合，我們無疑可以指認出分屬柏克流與理性主義的個別最小主義者。不過，帶有「窄」與／或「淺」之最小主義者風格的司法憲政工程，也不必然就是司法最小主義者的作品，而有可能是不同人格典型的憲法法官們合縱連橫或者折衝妥協下的結果。

一個司法憲政工程的或寬、或窄、或深、或淺，基本上都要「看是跟什麼比較」。倘若沒有共認的比較基準（baseline），則至少在一些邊界案件中，最小主義者風格的判定，會有仁智互見的合理異議。不過，如果在我國有什麼司法憲政工程是一般公認具有最小主義者風格的，那麼在副總統得否兼任行政院院長此項議題上被許

61 *Id.* at 27.

62 *Id.* at 16; see also SUNSTEIN, *supra* note 7, at 16-23; 黃昭元，司法消極美德的積極實踐——評Sunstein教授的「司法最小主義」理論，收於：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集（上），頁875-917（2002年）。

63 SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 67-108; see also SUNSTEIN, A CONSTITUTION OF MANY MINDS, *supra* note 25, at 35-92.

多論者認為是「橫看成嶺側成峰」的釋字第419號解釋(1996)，以及針對核四停建爭議、被不少論者認為是對行政與立法兩權「各打五十大板」的釋字第520號解釋(2001)，應該是其中數一數二的代表性案例。關於民意代表候選人學、經歷限制之合憲性的釋字第290號解釋(1992)、關於國民大會修憲一讀會之開議出席人數的釋字第381號解釋(1995)、闡述立法委員言論免責權之保障範圍與個案處置原則的釋字第435號解釋(1997)、針對台北市里長延選案的釋字第553號解釋(2002)、審查公民投票法若干規定之合憲性的釋字第645號解釋(2008)……這幾件司法院大法官解釋，在論理風格或者決策效果上，也多少帶有最小主義者的色彩——因為在這幾件司法憲政工程上，司法院大法官不是沒有深入論證或者建立射程較大之規則的機會與可能，可是司法院大法官並沒有這麼做。

最小主義者風格的司法憲政工程在我國所受到的學術與社會評價，似乎負面遠多於正面。許多論者批評，司法院大法官在這類案件中，不是說理說得不清不楚、甚至模稜兩可，就是為德不卒，沒有盡到該盡的司法義務。不過，司法的最小主義者確實會刻意「讓事情懸而未決」(leaving things undecided)，因為他們認為，這麼做有助於降低司法的決策成本以及錯誤成本，同時也保留了民主審議與決策的機會與空間⁶⁴。以釋字第290號解釋為例，司法院大法官雖然未能將系爭的民意代表候選人學、經歷資格限制宣告為違憲，但至少以相當篇幅的論知，最小化了其所為合憲認定對於此等父權資格限制的正當化作用。嗣後，立法院先是在1994年廢止了公職人員選舉罷免法針對民意代表候選人所設學、經歷限制，繼而在2000年廢止了同法就民選行政公職候選人所設學、經歷限制⁶⁵。然而，

64 SUNSTEIN, *supra* note 7, at 3-23; SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 74-78.

65 關於我國國會議員的候選資格限制，*see also* Yen-Tu Su, *The Partisan Ordering of Candidacies and the Pluralism of the Law of Democracy: The Case of Taiwan*, 15 ELECTION L.J. 31 (2016).

不可否認的，並不是所有最小主義者風格的司法憲政工程，都可以如此雲淡風輕地走入歷史。司法決策成本的降低，往往意謂著決策之責任與負擔的外移，而外移的結果，有可能轉而增加了民主社群整體所需要付出的決策成本⁶⁶。司法英雄與司法士兵們因此經常質疑司法最小主義者推諉卸責，留下了過多的不確定性給政治部門或後繼的司法者⁶⁷。不過，在某些場合，由於所採工法使然，司法最小主義者的貽禍，不是不確定性，而是過於僵固的形式規則——例如美國聯邦最高法院所發展出來的「一人一票」規則（the “one person, one vote” rule）⁶⁸。在我國，個別的最小主義者風格的司法憲政工程，究竟留下了什麼樣的資產以及負債，還有待比較長期的觀察。

五、綜合討論

援引Sunstein所提出的四種（主要的）憲政人格典型作為析辨憲政工程風格的分析架構，前述「一～四」概略地檢討了我國司法院大法官的憲政工程經驗。藉由指認與討論英雄、士兵、默者與最小主義者這四種風格的司法憲政工程在司法院大法官實務上的若干代表性案例，本節討論一方面驗證了這項關於一般憲政人格的分類架構在我國憲政脈絡上的應用與操作可能，另一方面也描述了司法院大法官如何透過不同風格的司法決策，而對我國憲政民主的制度環境以及生態，產生不同性質、不同程度的制度性影響。對於司法院大法官在憲政制度決策上的對錯或者功過，我國憲法學界已經累積了諸多的個案評論與總體評價。本節討論則是嘗試指出，決策風格的分析與檢討，有助於開闊聚焦於法釋義理論之相關議題的傳統憲政論述，讓我們得以從憲政工程的評價觀點，評量作為司法憲政

66 Cass R. Sunstein, *Problems with Minimalism*, 58 STAN. L. REV. 1899 (2006); SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 78.

67 SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 78.

68 See Gerken, *supra* note 26.

工程的司法院大法官決策。

針對司法院大法官的憲政工程經驗，我們可以從本節討論歸納出兩個印象式的（impressionistic）總體觀察：(i) 司法院大法官歷來做了不少風格有別的司法憲政工程；(ii) 這些司法憲政工程在風格上的差異，除了表徵了它們對於台灣憲政民主制度發展的不同作用，也在一定程度上形塑、影響了人們對於司法院大法官在憲政制度領域之功能表現的評價。觀察 (i) 是相當保守的；本文雖然指出司法院大法官所為憲政工程的風格多樣性，但是對於我們是否能夠看出某種憲政風格上的流行或者變遷趨勢，本文則是抱持懷疑與保留的態度。隨著台灣從威權政體轉型為新興的憲政民主，司法院大法官在制度權力、人事組成、決策方式（特別是決策規則）、運作文化（特別是共識規範（norm of consensus）的弱化）乃至所擁有的政治權威等方面，無疑均經歷了重大的轉變；司法院大法官的收／結案（docket），也在相當程度上反映出了我國憲政體制與政治競爭態勢的轉變。然而，如果我們只是直觀相關案例的歷史編年排序，則司法院大法官所為憲政工程的風格取向，似乎沒有伴隨我國憲政發展階段（分期）的顯著變遷趨勢可言。畢竟，影響一項司法憲政工程之風格的變數相當多端，憲法法院施作憲政工程的素材、空間與方法逐案而異，而且有些細微但是重要的風格差異（例如一項合憲解釋究竟偏向於士兵風格抑或最小主義者風格），往往可能僅是緣於歷史的偶然。換句話說，我們恐怕難以將這四種憲政風格分別在某個時期、某個案件的出現與否，理解為某種時代精神的體現。當然，這項印象式的觀察是否正確，有待我們對於司法院大法官的司法憲政工程史，進行嚴謹而且深入的分析與研究⁶⁹。

⁶⁹ 我國憲法學者葉俊榮曾經提出「轉型法院模式」與「常態法院模式」兩種典範，並以這項區分，說明司法院釋字第261、499號解釋在風格與內涵上的差異；參見葉俊榮（註10），頁215-234、241-250。這兩種典範的區分是觀念性的，而非描述性或者規範性的——也就是說，並不是所有的憲法法院，通常會或者應該要根據這兩種關於司法審查之功能角色的不同設想（conceptions）而

一項司法決策最後呈現出了何種風格是一回事。人們對於司法決策的風格，抱持著何種想像與期待，則是另一回事。根據本文印象式的綜合觀察(ii)，在我國的憲法學社群與公共輿論中，英雄似乎是較受論者青睞與推崇的憲政司法典型，而士兵、默者與最小主義者風格的司法院大法官解釋，則往往遭受到較多的非議。不過，至少在司法憲政工程的場合，我國不少論者期待司法英雄去扮演的功能角色，似乎是稱職的「消極立法者」(negative legislators)，也就是Hans Kelsen對於憲法法院之功能角色的古典設想⁷⁰；至於勇於造法的司法英雄，其決策正當性還是不免受到質疑⁷¹。評論者對於不同憲政司法風格的好惡，可能在一定程度上影響了我們對於司法憲政工程所為個別乃至整體評價。除了可能反映了我國憲法文化對於司法院大法官的信任與期待，我國論者一般對於司法英雄的賞識與推崇，也可能受到了釋字第261號解釋與釋字第499號解釋等備受矚目之重大司法英雄事蹟的影響：司法院大法官在這兩件大案中的英雄作為可能深入人心，並從而成為許多論者眼中的憲政司法模範。然而，並不是在所有司法憲政工程的場合，都有司法英雄的用武之地⁷²。由於司法英雄並不必然功成名就，也有可能身敗名裂，英雄型司法憲政工程的品質或者功能表現，一般或整體而言，恐怕也未必優於其他三種風格的司法憲政工程。如何公允地、不帶成見

行事。在本文的分析架構下，司法院釋字第261、499號解釋均被歸類為英雄型的司法憲政工程。本文並不否認這兩號解釋在憲政風格上可能存在細膩但是重要的差異，不過對於此等差異的分析，有待我們進一步類型化以上所討論的四種憲政人格／風格典型。

70 See Stone Sweet, *supra* note 9, at 819.

71 有關違憲審查與司法造法的規範討論，參見例如黃建輝，*違憲審查與司法造法*，國立臺灣大學法律學研究所博士論文（1995年）；黃舒芃，*憲法解釋的「法適用」性格——從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制訂」的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質*，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁179-244（2009年）；司法院釋字第725號解釋大法官蘇永欽協同意見書。

72 Sunstein強調，即使某位憲法法官具有英雄的憲政人格特質，她也並非在所有判決中，都會表現出此項特質；see SUNSTEIN, *CONSTITUTIONAL PERSONAE*, *supra* note 25, at 8.

地評斷不同風格之司法憲政工程的實質貢獻或者缺憾，尚有待進一步的研究與討論。

參、動輒得咎的司法憲政工程

司法憲政工程究竟應該採用何種風格、扮演何種角色？這個問題無疑很難一概而論，而且即使是在特定的歷史脈絡下、針對一個特定的案件而言，基於不同的世界觀（特別是對憲法與政治的不同看法），不同的論者（包括憲法法官）往往也莫衷一是⁷³。我們唯一可以確定的大概是，不論一個司法憲政工程是怎麼做的，最後又以何種風格型式問世，它都難逃被質疑、批評的宿命。英雄可能過於自大；士兵可能受困於邪惡的平庸；默者與最小主義者可能機關算盡，反誤了憲政義理之伸張。沒有任何司法憲政工程，可以讓人高枕無憂。本文就此提出一個與我國憲法學界的多數意見不同的看法：司法院大法官所做的憲政工程之所以毀譽參半，甚至往往陷於罵聲四起的窘境，跟司法院大法官就此所為論證、說理以及所採憲法解釋方法是否正確或者嚴謹，其實並沒有必然的直接因果關係；在一定程度上，光是「司法審查作為憲政工程」這件事情本身，就已是動輒得咎的——憲法法院進也不是、退也不是、不動也不是。「沒有方法的解釋只是一個政治決定。⁷⁴」我國憲法學者經常指責司法院大法官就憲政制度所為決策，只有一招半式，或者根本亂無章法。問題是，在合理的解釋多元主義這項事實條件下，解釋方法的選擇，終究離不開政治。一個被部分論者認為「方法紮實、立論嚴謹」的憲法司法決策，基本上還是一個政治決定，而且這個決定，從憲政工程的評價觀點而言，並不見得就會比較高明。從憲政

73 SUNSTEIN, *CONSTITUTIONAL PERSONAE*, *supra* note 25, at 40-42.

74 蘇永欽（註21），頁6。

工程目的與司法審查手段之間所可能存在的緊張關係，本文也試圖論證一個可能存在於最小主義者之司法憲政工程的弔詭：最小主義者試圖降低司法憲政工程的決策成本與錯誤成本，可是司法最小主義的傳統工法，卻有其侷限甚至反效果。

一、司法憲政工程的內在矛盾

本文試圖論證，司法憲政工程內建了一個真正的矛盾：憲法法院 (i) 通常不（被認為會）是適任的憲政工程師，(ii) 卻又無可避免地必須扮演憲政工程師的角色。基於以下數個理由，憲法理論研究者大概都會同意命題 (i)。首先，憲法法官通常欠缺從事憲政工程的專業（*expertise*）。作為憲法法律人（*constitutional lawyers*），憲法法官或許可以是、已經是、或者被期待成為應用政治理論家（*applied political theorists*）⁷⁵。但是無可否認的，他們大多並未受過政治學或其他社會科學的學術養成，也從而不容易適切地掌握、運用這些對於憲政工程甚有助益的知識工具⁷⁶。為了填補這項缺憾，我國不少論者力倡，憲法法釋義學的操作，應與社會科學做進一步的聯結⁷⁷。也有論者主張，憲法法院就此所面臨到的知識或資訊短差，可以藉由強化司法審查程序上的多種資訊取得管道，獲得一定程度的改善⁷⁸。不過，即便我們可以在一定程度上提升憲法法

75 See, e.g., ROBERTSON, *supra* note 6; DAVID SCHULTZ, *ELECTION LAW AND DEMOCRATIC THEORY* (2014).

76 See also HASEN, *supra* note 10, at 6. 關於社會科學的經驗／實證研究對於法學的規範論證所能提供的助益，另參見王鵬翔、張永健，經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17期，頁205-294（2015年）。

77 參見例如許宗力（註54），頁19-25；張嘉尹，憲法解釋、憲法理論與「結果考量」——憲法解釋方法論的問題，收於：劉孔中、陳新民編，憲法解釋之理論與實務（三）（上冊），頁1-32（2002年）；參見蘇永欽（註15），頁124。

78 參見例如郭銘松（註54），頁10；許宗力，違憲審查程序之事實調查，收於：法與國家權力（二），頁42-74（2006年）；詹鎮榮，論釋憲案件之「程序參加」——以2013年版司法院大法官審理案件法修正草案為中心，憲政時代，39卷3期，頁1-43（2014年）；林超駿，初論法庭之友與美國最高法院——兼評大審法草案相關規定，月旦法學雜誌，227期，頁198-231（2014年）；賈文宇，司

官從事憲政工程的專業能力，憲法法院也不當然即足以勝任憲政工程這項有相當複雜性可言的艱難任務⁷⁹。如果我們進一步考慮 Adrian Vermeule 所指稱的「制度的比較認知能力」(the comparative epistemic competence of institutions)，則再怎麼足智多謀的憲法法院，其所為憲政工程決策的正確率，恐怕還是比不上蘊含（或者得以汲取到）更多之集體智慧（collective wisdom）的民主決策程序⁸⁰。

其次，縱使憲法法官個個都是學識淵博的司法政治家，不是目光狹隘的法匠，其所為決策還是會受到司法程序上有關可司法性的各種程序要求的約束，從而難以做到我們一般對於憲政工程所期待的全局考量、系統分析與長遠規劃。在許多場合，由於司法權限與能力的限制，憲法法院也往往無法提供或者確保系爭憲政制度問題所需要的結構性救濟（structural remedies）⁸¹。可司法性控制是讓司法憲政工程無法大開大闢的重要制度因素⁸²。不過，為了不讓憲法法院輕易地成為（代位的）制憲者或立法者，我國論者大多主張可司法性控制的強化而非鬆綁⁸³，也對司法院大法官實務上的「聲請外解釋」多所批判⁸⁴。這種對於司法本分、司法權力分際的要求

法違憲審查中的證據品質與事理觀點——從證據法角度出發的美國經驗與台灣借鏡，中研院法學期刊，20期，頁271-275、296-300（2017年）。

79 關於憲政工程的複雜與困難，see, e.g., Tom Ginsburg, *Introduction*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL DESIGN* 1, 4-5 (Tom Ginsburg ed., 2012).

80 See Adrian Vermeule, *Collective Wisdom and Institutional Design*, in *COLLECTIVE WISDOM: PRINCIPLES AND MECHANISMS* 338, 351-56 (Hélène Landemore & Jon Elster eds., 2012).

81 See, e.g., Christopher S. Elmendorf, *Advisory Counterparts to Constitutional Courts*, 56 *DUKE L.J.* 953, 982-92 (2007).

82 See Gerken, *supra* note 6, at 520-21.

83 參見例如許宗力（註16）；李念祖（註54）；蘇永欽（註15）；楊子慧，憲法訴訟（2008年）；吳信華（註16）；蔡宗珍（註16）；李念祖（註22）。比較憲法法上則有放寬／解除可司法性控制的理論主張，see, e.g., AHARON BARAK, *THE JUDGE IN A DEMOCRACY* 177 (2006).

84 參見例如陳英鈐，大法官會議對憲法解釋之程序標的與拘束力——從憲法主義與法律主義談起，收於：憲政民主與人權，頁181-236（2004年）；陳愛娥，違

與堅持，反映了憲法法院不適任憲政工程師的另一項更根本的理由：憲政工程經常需要在多元甚至互有衝突的價值與／或利益間進行權衡取捨、折衝妥協，而基於國民主權以及政治平等的理念，一個憲政民主社群自當經由民主的政治程序，來進行如此重要的社群集體決策。由於憲法法院終究是由極少數毋需負政治責任的菁英法律人所組成的非民選機構，而且司法程序再怎麼開放，也不是所有公民可以平等參與的決策程序，司法審查顯然遠非憲政工程的適當制度平台⁸⁵。

憲政工程的司法化，就此放大了憲法法官就民主政治所持理念與文化態度（cultural attitude）之於憲政制度安排的政治影響，而這樣的影響不可能是價值中立的⁸⁶。由於憲法法官基本上都是既有憲政秩序下的「人生勝利組」，有些論者就此推論，憲法法官們一般而言，可能比較重視政治穩定與民主可治理性的追求，而比較不在乎政治局外人、邊緣人的處境，或是對於民主的自我防衛／自我調適，比較沒有信心⁸⁷。在討論「應該由哪些人來決定我們的憲政民主制度要做何種安排」這個問題時，當代的民主理論家Dennis Thompson則是指出存在於多數決民主的「許多的多數問題」（the problem of many majorities），也就是不同時空的政治多數間所存在

憲審查與司法政策的關係——由程序法的觀點評論司法院大法官釋字第五三〇號解釋，收於：法治斌教授紀念論文集編輯委員會編，法治與現代行政法學：法治斌教授紀念論文集，頁145-163（2004年）；林超駿，略論司法院大法官聲請外解釋之作為，收於：超越繼受之憲法學：理想與現實，頁447-466（2006年）。

85 See DENNIS F. THOMPSON, JUST ELECTIONS: CREATING A FAIR ELECTORAL PROCESS IN THE UNITED STATES 77-78, 123-26 (2002).

86 See Richard H. Pildes, *Constitutionalizing Democratic Politics*, in A BADLY FLAWED ELECTION: DEBATING *BUSH V. GORE*, THE SUPREME COURT, AND AMERICAN DEMOCRACY 155 (Ronald Dworkin ed., 2002).

87 See *id.* at 165; Heather K. Gerken & Michael S. Kang, *The Institutional Turn in Election Law Scholarship*, in RACE, REFORM, AND REGULATION OF THE ELECTORAL PROCESS 86, 89 (Heather K. Gerken, Michael S. Kang & Guy-Uriel E. Charles eds., 2011).

的緊張／競爭關係⁸⁸。Thompson不認為司法審查是解決這個難題的適當平台，因為相較於其他的決策機制，司法決策更加受制於憲法以及判決先例，也從而可能偏厚「過往的」政治多數，甚於「現在的」政治多數⁸⁹。當然，比較憲政史上並不乏憲法法院作為進步的民主改革者的反例⁹⁰。不過，我們可以確定的是，司法憲政工程在政治意識形態上究竟比較趨於保守或者進步，基本上是一個取決於司法政治及其所處憲政發展脈絡的實證問題。

那麼，憲法法院是否可以避免從事司法憲政工程呢？回答這項問題的關鍵，無疑在於我們如何定義與理解司法憲政工程。在司法憲政工程作為司法審查之（其中）一種功能面向的理解下，我們必然只能推論出就此持否定論的前揭命題(ii)；也就是說，有針對憲政制度／民主法的司法審查，就會有司法的憲政工程。我們固然可以藉由司法審查的制度設計或者可司法性規則的操作運用，確保憲法法院在一個案件中，無法以諮詢意見（*advisory opinions*）（或如我國以往之單純的憲法疑義解釋）的決策型式，單單只做司法憲政工程這件事⁹¹。不過，我們就是無從將司法憲政工程與規範審查

88 See THOMPSON, *supra* note 85, at 124-26.

89 *Id.* at 143, 182. 關於司法審查作為一種保守（*preserve*）、鞏固既有憲政秩序的權力，*see also* HIRSCHL, *supra* note 1, at 38-49; TOM GINSBURG, JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES 22-30 (2003).

90 一項經典案例是美國聯邦最高法院自 *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) 一案判決以來所開啟的議席重分配革命；*see generally* STEPHAN ANSOLABEHRE & JAMES M. SNYDER JR., THE END OF INEQUALITY: ONE PERSON, ONE VOTE AND THE TRANSFORMATION OF AMERICAN POLITICS (2008).

91 美國民主法學者 Christopher Elmendorf 亦將諮詢意見理解為法院對於憲政制度問題所可能可以提供的一種結構性救濟；*see* Elmendorf, *supra* note 81, at 983. 本文不介入應否容許憲法法院（直接或在傍論中）提出諮詢意見的規範與政策討論。比較憲法上的相關討論，*see, e.g.*, James L. Huffman & MardiLyn Saathoff, *Advisory Opinions and Canadian Constitutional Development: The Supreme Court's Reference Jurisdiction*, 74 MINN. L. REV. 1251 (1990); Neal Kumar Katyal, *Judges as Advicegivers*, 50 STAN. L. REV. 1709 (1998); Abner J. Mikva, *Why Judges Should Not Be Advicegivers: A Response to Professor Neal Katyal*, 50 STAN. L. REV. 1825 (1998); Mel A. Topf, *State Supreme Court Advisory Opinions as Illegitimate Judicial Review*,

(合憲性控制)、憲政爭議裁決等司法審查的核心功能切分開來，然後要求憲法法院在行使司法審查權的時候，完全不做司法憲政工程這件事。換句話說，當憲法法院在審查一項憲政制度／民主法規範的合憲性或者在裁決一項具體的憲政爭議的時候，其所作所為，就必然具有司法憲政工程的意涵與影響——即使憲法法院未必有此自覺，或者刻意迴避處理系爭案件所涉及的結構性的制度議題⁹²。由於司法憲政工程與司法審查的其他功能密不可分，我們勢必得要全盤放棄對於憲政制度／民主法的司法審查，才有可能避免憲法法院從事憲政工程。問題是，即便我們不去追問這麼做是否正當、合理，我們根本就無法完全而斷然地讓憲政制度與民主法豁免於司法審查，因為我們就此所能動用的制度或理論工具，例如司法管轄權排除法（jurisdiction-stripping law）或政治問題理論⁹³，射程均非常有限。

要讓司法憲政工程成為一個可以避免的事情，我們勢必得要改變其定義。一項常見的做法，是基於司法與政治的分際，而去否定司法憲政工程的尋常存在。面對環繞在憲政制度領域之司法審查的種種爭議，抱持這種看法的論者可能會回應說，憲法法院既然並非適任的憲政工程師，就不應該以憲政工程師自居；司法審查就算會對憲政制度規範產生再怎麼深遠的影響，也不應該與憲政工程混為一談。根據這樣的想法，只要憲法法院恪守司法的本分，不逾矩，

2001 L. REV. M.S.U.-D.C.L. 101 (2001); Helen Irving, *Advisory Opinions, the Rule of Law, and the Separation of Powers*, 4 MACQUARIE L.J. 105 (2001).

⁹² 類似見解參見李念祖（註15），頁231-233。值得注意的是，有部分民主法論者認為，取向於民主法之基本權議題與取向於民主法之結構性議題的司法審查，仍可做一定程度之區隔；see Pamela S. Karlan, *The Rights to Vote: Some Pessimism About Formalism*, 71 TEX. L. REV. 1705 (1993); Joseph Fishkin, *Equal Citizenship and the Individual Right to Vote*, 86 IND. L.J. 1289 (2011).

⁹³ 關於司法管轄權排除法的美國法討論，see generally Richard H. Fallon, Jr., *Jurisdiction-Stripping Reconsidered*, 96 VA. L. REV. 1043 (2010).

自然不會、也不應該有所謂的司法憲政工程⁹⁴。在法的專業倫理與文化傳統下，憲法法官，相對於其他的政治決策者而言，確實受有較多的框限與約束；也就是說，如果我們從某個外於法的觀點肯認了司法憲政工程的存在與可能，也不表示我們就此必須否認司法的憲政工程（師）有別於民主的憲政工程（師）。問題的關鍵在於，我們是否應該基於此等憲法法院與其他政治部門在決策程序、模式上的差異，而進一步拒絕從憲政工程的角度，來理解與評價憲法法院的相關決策。本文認為，這麼做除了無法避免憲法法院「以司法審查之名，行憲政工程之實」，還有可能反而擴大了人們對於憲政工程司法化的根本疑慮，因為再怎麼精密、周延的憲法解釋或司法審查理論，終究無法讓司法審查決策完全地「去政治化」，也往往遠非一個憲政民主社群形塑、發展憲政民主制度的適當工具。就跟人世間的許多事情一樣，改變定義往往只是改變了問題的表述方式（*framing*），並無法真正解決問題。

另一項常見的做法，則是將司法憲政工程——或者說，可以避免、也應當避免的司法憲政工程——限縮在「憲法續造」、「司法造法」這種司法所為決策會積極改變制度現狀的場合。從本文所採取的理論觀點而言，這麼做無視於合憲決定與司法沉默的憲政制度效應，也形同片面地免除了司法士兵與司法默者的論證責任。不過，支持這項做法的論者或許認為，只要憲法法院儘可能地給予民主憲政工程最大程度的揮灑空間，不去更動既有的憲政制度安排，那麼，憲法法院並非適任的憲政工程師這件事，也不會是多麼嚴重或者多麼難解的問題了。作為司法士兵的理論代言人，Vermeule嘗試以規則後果主義（*rule-consequentialism*）為他極其謙抑的司法審查

⁹⁴ 我們在一定程度上可以從美國民主法學者Richard Hasen與Daniel Lowenstein等人對於民主法結構論所為批判，解讀或者引伸出這樣的想法；see HASEN, *supra* note 10, at 138-56; Daniel H. Lowenstein, *The Supreme Court Has No Theory of Politics—and Be Thankful for Small Favors*, in THE U.S. SUPREME COURT AND THE ELECTORAL PROCESS 245, 254-63 (David K. Ryden ed., 2000).

理論立論⁹⁵。Vermeule的這項論證策略是值得贊成的：我們在評量不同的司法審查取徑時，應該考量它們的整體、長遠成效，而不是以其在少數重大個案的運用結果，進行取舍⁹⁶。然而，現實世界的既成憲政制度安排，往往有可能是有權者對於弱者的霸凌、宰制，也有可能不過是有權者假公濟私的政治自利操控（political self-dealings）⁹⁷。身處在這樣的憲政現實中，一位憲法法官就算還是可以選擇實踐Vermeule的司法士兵論，卻終究無法就此高枕無憂，不受良心的煎熬。這是因為，「切割積極造法的司法審查」這項做法，雖然可以避免司法越權的積極錯誤，卻有可能導致更多司法退位的消極錯誤。

即便我們無從避免憲法法院從事功能意義上的憲政工程，我們總得設法控制、確保司法憲政工程的「司法性」，以免憲法法院三不五時就搖身一變，成為「太上立法者」吧？！這項非常質樸有力的想法，推促、支撐了各種約束、限制司法審查權力的法制與司法理論嘗試。基於「司法權力必須而且只能及於案件或者爭議（case or controversy）」的規範理念，我國憲法學者李念祖猶對抽象規範審查的制度安排，多所批判⁹⁸。應否賦予憲法法院抽象的規範審查權，確實是值得討論的制度與規範議題。畢竟，這項機制的存在與否，一定程度上將會影響到司法審查介入政治的時機早晚，以及憲

95 See VERMEULE, *supra* note 40, at 230-88. 關於Vermeule於本書所提出之法律解釋理論的華文介紹與評論，參見林春元，法律解釋理論的重新建構——機制取徑與系統性的成本效益分析？，臺灣民主季刊，9卷1期，頁255-267（2012年）。

96 See VERMEULE, *supra* note 40, at 280-81.

97 參見前揭註13所引文獻。關於以消除、反對宰制（domination）作為核心關懷的民主理論，see also PHILIP PETTIT, ON THE PEOPLE'S TERMS: A REPUBLICAN THEORY AND MODEL OF DEMOCRACY (2012).

98 參見李念祖，大法官釋憲功能的立法化抑或審判化？——從憲法增修條文第五條第四項看政治民主化的一個基本問題，收於：司法者的憲法，頁1-35（2000年）；李念祖，純規範控制的憲政難題——從釋字第五七二號補充釋字第三七一號解釋談起，收於：司法者的憲法（二），頁551-587（2013年）。

法法院有無機會汲取其他法院處理相關案件的經驗與智慧⁹⁹。然而，就司法最終決策的效力射程而言，抽象規範審查與附隨式的規範審查，恐怕並沒有多少差別——因為在遵循先例原則（*stare decisis*）與爭點排除（*issue preclusion*）等機制的作用下，一個附隨式規範審查制度下的終審法院所為個案決策，也會有相當程度的通案效力可言¹⁰⁰。甚且，如果我們基於法治的理念而無法認同僅得適用於特定、單一個案的個案法，則是否應以個案框限司法憲政工程的考量以及作用範圍，也容有商榷的餘地¹⁰¹。美國聯邦最高法院在 *Bush v. Gore* (2000) 一案判決中指陳：「由於一般而言，存在於選舉程序中的平等保護問題相當複雜，我們所為考量僅限於當下的案情。¹⁰²」這個「只此一次，下不為例」的明白宣稱，就受到了許多論者的非議¹⁰³。我們可以從司法憲政工程應否侷限於個案的制度與規範爭議，進一步推論出一項關於司法憲政工程之可司法性控制的基本難題：可司法性控制雖然有助於避免某些不必要或者不適當的司法憲政工程，卻也可能損及憲法法院從事正當的司法憲政工程的制度能力。

基於命題 (i) 以及命題 (ii)，本文認為，司法憲政工程內建有不可為又不可不為的矛盾，動輒得咎，在所難免。承認司法憲政工程的內在矛盾，並不表示我們必須放棄對其工程方法與施作品質，提出要求與批判，但是我們必須承認，沒有任何司法審查的制度設

99 See John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *Constitutional Adjudication, Italian Style*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL DESIGN* 294 (Tom Ginsburg ed., 2012). 關於司法違憲審查的各種制度工程考量，see also Tom Ginsburg, *Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts*, 3 *THEORETICAL INQUIRIES* L. 49 (2002).

100 JEREMY WALDRON, *POLITICAL POLITICAL THEORY: ESSAYS ON INSTITUTIONS* 199-200 (2016).

101 關於司法造法應否限於個案的規範理論討論，see CHRISTOPH MÖLLERS, *THE THREE BRANCHES: A COMPARATIVE MODEL OF SEPARATION OF POWERS* 92-96 (2013).

102 *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98, 109 (2000).

103 關於這項議論的文獻回顧，see Chad Flanders, *Bush v. Gore and the Uses of "Limiting"*, 116 *YALE L.J.* 1159 (2007).

計或者理論方法，可以完全解消這項矛盾。換句話說，司法英雄就算提出了再怎麼強而有力的憲法法論證，在司法士兵眼中，毋寧都是強詞奪理，反之亦然。我們還是可以而且應該爭論，針對某項特定議題或者一般而言，憲法法院應該扮演英雄、士兵、默者、抑或最小主義者比較好，不過我們無從以「追求更嚴謹的憲法解釋方法」為由，掩飾或者迴避我們就此所要做出的政治抉擇¹⁰⁴。

二、司法最小主義的魅力與侷限

作為一種司法審查理論，Sunstein在1990年代後期所提出的司法最小主義，受到了來自四面八方的質疑與批判¹⁰⁵。不過，作為一種憲政人格典型或者一種司法哲學立場，Sunstein後來在CONSTITUTIONAL PERSONAE一書所詮釋的司法最小主義，毋寧還是具有相當的魅力——特別是對動輒得咎的司法憲政工程來說。在面對一項民主的（憲政制度）決策時，司法最小主義者不卑不亢，既不若司法士兵那般愚忠，也比司法英雄來得有自知之明（知道自己能力與見識之不足）。在司法憲政工程這個內建矛盾的功能向度上，可進可退、步步為營的最小主義者，似乎還有機會找到一個——決策成本與錯誤成本都不至於過高的，而且也可以讓眾人雖

104 關於憲法解釋理論（方法）的政治選擇，see SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 43-66.

105 對於Sunstein所提司法最小主義的批判，see, e.g., Christopher J. Peters, *Assessing the New Judicial Minimalism*, 100 COLUM. L. REV. 1454 (2000); Sheldon Gelman, *The Hedgehog, the Fox, and the Minimalist*, 89 GEO. L.J. 2297 (2001) (book review); 黃昭元（註62）；Gerken, *supra* note 26; Jonathan T. Molot, *Principled Minimalism: Restriking the Balance between Judicial Minimalism and Neutral Principles*, 90 VA. L. REV. 1753 (2004); Neil S. Siegel, *A Theory in Search of a Court, and Itself: Judicial Minimalism at the Supreme Court Bar*, 103 MICH. L. REV. 1951 (2005); James E. Ryan, *Does It Take a Theory? Originalism, Active Liberty, and Minimalism*, 58 STAN. L. REV. 1623 (2006) (book review); Tara Smith, *Reckless Caution: The Perils of Judicial Minimalism*, 5 N.Y.U. J.L. & LIBR. 347 (2010); Diane S. Sykes, *Minimalism and Its Limits*, in CATO SUPREME COURT REVIEW: 2014-2015, at 17 (Ilya Shapiro ed., 2015).

不滿意但勉強可以接受的——中庸之道。有論者認為，在集中式的司法審查制度下，為了證成自己的存在價值，憲法法院較難擁抱司法最小主義¹⁰⁶。不過，司法自制／司法最小主義的告白或者倡議，在我國個別大法官所撰意見書或者學術論述中，尚非少見。舉例而言，釋字第613號解釋（2006）許宗力大法官所提協同意見書的結尾語提到：

處於民主轉型陣痛未解，政黨復激烈對抗，社會也隱然跟著撕裂的現階段台灣社會，司法者處境尤其艱困。面臨高度政治敏感性案件，相對於行政、立法兩權與其他政治勢力，恆屬弱勢一方的司法，確有必要謹慎、自制，保持低度介入，留給政治部門較大政治形成空間。但當行政、立法兩權關係明顯失衡，政黨介入亦明顯抵觸去政治化要求如本件情形者，司法者若還瞻前顧後，畏懼政治報復，而選擇明哲保身，不能挺身捍衛憲政秩序，就未免有虧職守了¹⁰⁷。

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

……大法官身為法律的合憲性控制者，固然必須體認憲法以司法制約政治行為的立意，但也要正確理解民主原則在憲法的核心地位，在把守憲法關口、維繫憲政秩序的同時，自我抑制，審慎將事，保留政治部門迴旋進退的餘地，俾使民意機關能夠適時符應社會變遷的需求，合憲控制與多數決之間，找到允中、適切的平衡點¹⁰⁸。

106 See Victor Ferreres Comella, *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism*, 82 TEX. L. REV. 1705 (2004).

107 司法院釋字第613號解釋大法官許宗力協同意見書。

108 翁岳生，憲法之維護者——省思與期許（主題演說），收於：廖福特編，憲法

從這兩段文字中，我們均不難意會到司法最小主義者的用心良苦：他們嘗試在艱難的斷案（judging）處境中，不卑不亢地探尋憲政民主的前途。這不是一件容易的事，而且其結果如何，往往也不是他們所能掌控。重視逐案裁決（case-by-case adjudication）、強調司法謙抑（judicial humility）的司法最小主義者，在智識與行事風格上或許類屬狐狸；在類屬刺蝟的評論者眼中，他們可能不過是穿著法袍的政客，或者是見風轉舵、沒有原則可言的騎牆派¹⁰⁹。不過，如果司法最小主義者真摯地認同他們所設想與扮演的法官角色，我們顯然不能只因為他們類屬狐狸而非刺蝟，就對他們投以異樣的眼光，而不敬重他們所追求、實踐的司法風範／憲政人格典型。如果司法最小主義的實踐，確實有助於避免司法審查鑄下越權或者退位的錯誤，那麼，我們甚至還應該鼓勵憲法法官去學習做一個司法最小主義者。

問題是，司法最小主義之美，似乎只能遠觀。當我們近距離觀察其在個案中的具體實踐時，我們很難不去注意到最小主義者自身所抱持的政治意向（自由或者保守），甚至可能還會對他（她）們是否「說一套，做一套」——是否實為「披著最小主義羊皮的最大主義野狼」¹¹⁰，有所懷疑。舉例而言，現任美國聯邦最高法院首席大法官John Roberts, Jr.，向來被公認是一位保守派的最小主義者，也在近年來數個重要的民主法判決中，以最小主義的工法從事司法憲政工程。不過，其就*Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life (WRTL II)*¹¹¹一案所提的主要意見，就被大法官Antonin

解釋之理論與實務（六）（上冊），頁140（2009年）。

109 「狐狸知道很多事情，可是刺蝟知道一件大事情。」Isaiah Berlin引用古希臘詩人Archilochus的這句話，來比擬兩種不同類型的文人；see ISAIAH BERLIN, *THE HEDGEHOG AND THE FOX: AN ESSAY ON TOLSTOY'S VIEW OF HISTORY* (1978 [1953])。

110 黃昭元（註62），頁911-912。

111 See *Federal Election Comm'n v. Wisconsin Right to Life, Inc.*, 551 U.S. 449 (2007). 美國聯邦最高法院於本案判決中判定，聯邦選舉委員會（FEC）以違反《兩黨

Scalia譏評，「是在製造司法困惑（judicial obfuscation）的偽司法節制（faux judicial restraint）。¹¹²」由首席大法官Roberts主筆、致使美國1965年投票權法（the Voting Rights Act of 1965, VRA）所設預審（preclearance）這項強效維權機制（Section V）名存實亡的 *Shelby County v. Holder*¹¹³一案判決，也被向來支持司法最小主義的民主法學者Richard Hasen批評，其所呈現的最小主義風格，不過是一個幻象¹¹⁴。司法院大法官帶有最小主義風格的釋字第520號解釋，也被一些論者質疑，其論理有可能導致我國立法與行政的權力失衡¹¹⁵。

包括Sunstein在內的許多論者業已指出，許多憲政爭議的解

共推之競選改革法》（BCRA）§203就法人或工會從事競選傳播之資金來源所為限制為由，而對「威斯康辛州生命權」（Wisconsin Right to Life）此一組織於2004年民主黨初選期間出資撥出的議題廣告所為裁罰，已構成違反憲法第一增補條文之適用違憲。本案由首席大法官Roberts主筆、大法官Alito參與的主要意見，由於並未直接推翻 *McConnell v. F.E.C.*, 540 U.S. 93 (2003) 這項肯認BCRA §203規定合憲之判決先例，而是僅以適用違憲之論理，縮限系爭規定的合憲空間，所以一般認為具有司法最小主義的色彩。美國聯邦最高法院嗣後已於 *Citizens United v. F.E.C.*, 558 U.S. 310 (2010) 此一備受議論之判決，將BCRA §203規定宣告為違憲。

112 *Federal Election Comm'n v. Wisconsin Right to Life, Inc.*, 551 U.S. at 499 n.7 (Scalia J., concurring).

113 *Shelby County v. Holder*, 133 S. Ct. 2612 (2013). 美國聯邦最高法院在本案判決中，將投票權法第4條規定——亦即針對同法第5條所定預審機制之適用地區的決定公式（the coverage formula）——宣告違憲。由於本件判決並未將上訴人所指摘與部分美國南方保守派人士極力反對之投票權法第5條規定本身宣告違憲，而是指責美國國會於2006年更新投票權法時，未能考量美國政治社會之情勢變遷而適時更新預審機制之適用地區公式，論者一般認為本件判決展現了主筆者首席大法官Roberts的最小主義風格。不過，在廢棄了投票權法第4條規定所定適用地區公式後，投票權法第5條所定預審機制已經名存實亡，因為在當前美國國會政治的極化情勢下，投票權法第4條之修正極其困難。

114 See Richard L. Hasen, *Shelby County and the Illusion of Minimalism*, 22 WM. & MARY BILL RTS. J. 713 (2013).

115 相關批評參見例如許宗力，迎接立法國的到來？！——評釋字第五二〇號解釋，台灣本土法學雜誌，20期，頁57-65（2001年）；黃昭元，走鋼索的大法官——解讀釋字第五二〇號解釋，台灣本土法學雜誌，20期，頁66-79（2001年）。

決，有待確立明確、可預測、一體適用的憲政遊戲規則，而不是會讓問題懸而未決的最小主義決策¹¹⁶。如果憲法法院因為趨於謹慎，以致產出了一個「見樹而不見林」或者「剪不斷，理還亂」的司法憲政工程，那確實會是一種錯誤。不過，一個最小主義的司法憲政工程是否過度自制是一回事；它是否名實不符，則是另一回事。本文並不認為，我們只能將後者的出現，歸咎於司法最小主義或其奉行者本身的虛偽、不誠實。畢竟，一個真摯的司法最小主義者，仍有可能在事與願違、始料未及的情況下，做出非最小主義的司法決策。這種非意圖性的後果，毋寧凸顯了窄、淺、不完全理論化（*incomplete theorization*）等Sunstein所指認的最小主義憲政工法，有其侷限，未必能夠擔保由其所做成的司法憲政工程，在實質效果上，必然就是謹慎的、漸進的、最小主義的。美國民主法學者Heather K. Gerken就此認為，問題出在司法最小主義的理論趨避（*theory averse*）：由於最小主義者無心（甚至排斥）去開發居於抽象與具體之間的中介理論（*mediating theories*），他們實際上反而難以有效地約束、節制憲政工程上的司法裁量¹¹⁷。本文則嘗試提出另一種補充性的問題診斷。按Sunstein所指認的那些司法最小主義工法——特別例如逐案權衡與類推適用，主要發展自普通法傳統下法官斷案的看家本領、拿手絕活¹¹⁸；對非普通法傳統下的法官來說，這些工法的技術門檻不高，也很容易就可以上手。正所謂「藝高人膽大」。對於這些工法的嫻熟、專精乃至生巧，有可能進一步強化了最小主義者在面對困難的司法憲政工程時的自信。在這樣的發展下，本文認為，司法最小主義的實踐難免會出現一種弔詭：司法最

116 See, e.g., SUNSTEIN, *supra* note 7, at 54-57; SUNSTEIN, *supra* note 66, at 1910-15; Cass R. Sunstein, *Beyond Judicial Minimalism*, 43 TULSA L. REV. 825, 836-41 (2008).

117 See Gerken, *supra* note 6, at 508-10, 519-31; Gerken, *supra* note 26, at 1414, 1427-43.

118 關於司法最小主義之傳統工法的普通法淵源，see SUNSTEIN, *supra* note 7 *passim*; see also CASS R. SUNSTEIN, *LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT* (1996).

小主義者雖然試圖節制憲法法院在憲政工程上的角色扮演，可是其傳統工法的操作結果，卻反而強化了憲法法院對於憲政工程的微觀管理（micro-management）。針對合憲法律解釋這項方法在我國憲法訴訟實務上的應用及其所受到的批評，我們也可以從這個角度加以理解¹¹⁹。就此而言，作為憲政人格典型的司法最小主義，固然值得敬重；作為憲政工法的司法最小主義，還是無法讓人放心。

肆、結構最小主義及其工法建議

在處處荊棘的政治灌木叢中，憲法法院該怎麼做司法憲政工程這件充滿矛盾的事情，才比較可能讓我們所擁有的憲政民主，變得更好，而不是更糟呢¹²⁰？我們可以想像，在某些情況下，憲法法院就是應該挺身而出；在某些情況下，它則應該捍衛與貫徹民主程序所做成的政治決策；針對某些議題，它最好保持沉默；在某些場合，作一個不卑不亢、步步為營的最小主義者，則可能是司法憲政工程師的最佳選擇¹²¹。不過，作為一個一般性的道德呼籲，以謹慎自制、謙卑自持來要求司法憲政工程，應該可以獲得不少論者的認同¹²²。畢竟，相對於其他憲政人格典型而言，最小主義者保有較大的迴旋空間，可進亦可退。問題是，何謂謹慎自制？如何才算謙卑

119 關於合憲法律解釋（或謂法律的合憲解釋）的方法論及其被誤用之風險的我國文獻討論，主要參見蘇永欽，合憲法律解釋原則——從功能法上考量其運作界限與效力問題，收於：合憲性控制的理論與實際，頁77-142（1994年）。

120 能否以及如何促成憲政民主往好的方向發展，其實是所有憲法解釋理論／司法審查理論必須回答的問題，see SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 44.

121 SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 145-46.

122 針對司法自制的規範論理與規範效果，我國憲法學界仍有諸多質疑與批判；參見例如許宗力（註54），頁39-40；黃舒芃，從普通法背景檢討美國司法違憲審查正當性的問題，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁315-326（2009年）。

自持？對於這些司法道德誠命，論者往往做有不同的解讀，而且互有堅持與爭執。對我國許多論者來說，所謂謹慎，就是恪遵憲法解釋的方法論紀律；所謂自制，就是在決策時必須摒除法官個人的主觀好惡，當然更不容法院越俎代庖，做了非屬司法者份內之事。比較強硬的法律主義者（legalists）甚至會認為，在任何情況下，憲法院都不應該以司法憲政工程師自居，而以結果取向的憲政工程思維從事司法審查。本文並不同意這類看法，因為它們輕忽了法規範所蘊涵的合理異議，也從而無視於司法決策作為一種獨特的政治決策的制度現實。在憲政工程司法化這件事情上，這類看法恐怕是問題的一部分，而不是這個問題的解決之道。

Sunstein所倡議的司法最小主義，無疑已成為理論化、操作化司法自制之當代理論嘗試的黃金標準。比起「憲法（釋義）學理紀律的強化」這項我國憲法學界的多數主張，Sunstein所建議的最小主義工法，更加貼近於法官斷案的現實情境，從而很容易引起憲法法官的共鳴，而獲有更多被具體應用的機會。更重要的是，藉由刻劃、標誌司法最小主義者作為一種憲政人格典型的存在，Sunstein在相當程度上洗刷了「偽善者」、「騎牆派」這類司法自制之實踐者經常背負的汙名，讓最小主義者得與英雄、士兵以及默者平起平坐，受到應有的尊重。不過，現實上的司法最小主義者，由於往往對發展中介理論一事，意興闌珊，又精於調控司法決策之寬、窄、深、淺的司法技藝（judicial craftsmanship），其所為司法憲政工程，難免空有司法最小主義之形，而無保留民主餘地之實。在美國憲法法的脈絡上，Sunstein認為，柏克流的最小主義主張，在權力分立領域甚為有力¹²³。不過，對新興民主國家來說，政治傳統的民主正當性與合理性，毋寧非常值得懷疑。在從事內建有不可為又不可不為之矛盾的司法憲政工程時，司法最小主義者的理想與用心固

123 SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 68.

然可敬，可是由於他們所習用的工法有其侷限甚至反效果，他們還是很難避免決策錯誤，也時常陷於事與願違的窘境。

針對試圖追求、實踐出最小主義者之憲政風範的司法憲政工程師，本文提出一個有別於Sunstein之司法最小主義的另類理論建議：結構最小主義。以作為結構最小主義者自許的憲法法官知道，當她在審理一個關於憲政制度／民主法的案件時，不論其主要任務是規範審查，抑或是具體憲政爭議的裁決，她都無可避免地在扮演司法憲政工程師的角色。也就是說，她不會去迴避或者否認她所要做的，是具有憲政工程之功能與意義的司法決策。為了做好這件事情，她會(i) 誠實的面對自己在解釋與適用憲法法的過程中所做的價值預設與選擇，(ii) 重視系統分析，(iii) 設法處理或者考量到系爭個案或者系爭法規範背後的結構性問題，以及(iv) 顧慮到所為司法決策的憲政制度效應／後果。在這麼做的同時，她也深知自己作為司法憲政工程師的侷限與困難；對她來說，司法自制不只是一種值得追求的美德，更是司法憲政工程師的基本角色倫理（role morality）。她從而會盡可能地將憲政工程的機會與空間，保留給民主程序，也會盡可能地避免對民主憲政工程，做出一階的（first-order）實體價值強制。有別於Sunstein所代言的司法最小主義者，結構最小主義者對於以司法最小主義之傳統工法從事司法憲政工程的困難與悖論，會有更為深刻的認識與反省，也從而更願意接納、尋求來自憲政制度與民主法等相關研究領域的理論奧援。換句話說，結構最小主義者並不會像Sunstein筆下的最小主義者那樣地反對、排斥理論；他們起碼不會為了追求不完全理論化的合意，就完全放棄發展Gerken所建議要發展的中介理論。在這個意義上，結構最小主義者可以說是Sunstein所指認的「理性主義的最小主義者」這個次類型的進化版：他們知道，要確保司法憲政工程的決策合理性，不能只靠司法最小主義者的傳統技藝。

作為一個關於最小主義者風格之司法憲政工程的另類規範想

像，本文所提出的結構最小主義，試圖結合結構論與司法最小主義這兩個被部分論者（例如Sunstein與Hasen）認為是互斥的、或者至少是不相往來的司法審查取徑¹²⁴。本文認為，如果我們持平地分析、比較這兩種取徑的目的（也就是它們對於憲法法院的角色期待）以及手段（也就是它們所建議的司法審查策略），我們應該可以同意，至少在某個意義上，這兩者之間存在有一定的整合可能。簡單地說，憲法法、民主法的結構論者，基本上只是比傳統的憲法法律人，更坦率地面對司法審查作為憲政工程這件事，而這並不表示他們所擁抱或追求的，就必然會是司法憲政工程的最大化；在避免「憲政工程的過度司法化、憲法法化」這件事情上，在結構論者與司法最小主義者之間，其實並沒有根本性的理念對立¹²⁵。目標既然一致，這兩者間的主要差異，就只是手段選擇的問題了：結構論者嘗試開發新的、取向於結構管制的司法理論工具，而傳統的司法最小主義者，則致力於發揚司法審查實務上的傳統技藝。本文已經嘗試論證司法最小主義之傳統工法的侷限乃至反效果¹²⁶。如果說結構論者所開發的理論工具，有助於實現最小主義者的司法理念，那麼，司法最小主義者毋寧沒有理由排拒結構論的導引與協助。畢竟，結構論者所開發的理論，往往也是薄的（thin）、或者是不完全理論化的，而且其應用還是容有逐案權衡的餘地。司法最小主義者正確地質疑了理論導向（theory-driven）而非問題導向（problem-driven）的教條主義，不過，追求理論的極簡，並不代表我們可以完全不講理論（atheoretical）¹²⁷。即便我們認為最小主義者有理論

124 根據Sunstein的描述，柏克流的最小主義者「信賴社會實作（social practices）甚於信賴理論，即使那些理論並不特別宏圖。他們在乎的是後果，而且他們不喜歡抽象之論。」SUNSTEIN, CONSTITUTIONAL PERSONAE, *supra* note 25, at 74；Hasen則認為民主法結構論有違司法最小主義之精神，see HASEN, *supra* note 10, at 138-56.

125 See also Su, *supra* note 13, at 13-18.

126 參見本文第參、二節之討論。

127 關於理論導向之人文社會科學理論的一個有力批判，see IAN SHAPIRO, THE FLIGHT FROM REALITY IN THE HUMAN SCIENCES (2005).

趨避的人格傾向，我們也不應該鼓勵或者追求偏執。只要不趨於極端，最小主義者對於理論建構的懷疑，毋寧也可以幫助結構論者，對於理論在司法憲政工程決策上的有限作用，保持謙卑與警醒。

在真實世界裡，不少憲法法官與憲政學者，毋寧已經在摸索、探尋結構最小主義者的憲政理想；他們只不過還未（被）如此定位、詮釋他們的憲政認同與所作所為。以司法院大法官針對立法院遲未行使監察委員人事同意權這項憲政爭議而做成的釋字第632號解釋（2007）為例。司法院大法官在本件解釋中指出：「總統如消極不為提名，或立法院消極不行使同意權，致監察院無從行使職權、發揮功能，國家憲政制度之完整因而遭受破壞，自為憲法所不許。引發本件解釋之疑義，應依上開解釋意旨為適當之處理。¹²⁸」相對於在本案提出不同意見的余雪明、彭鳳至兩位大法官所期待去扮演的司法默者¹²⁹，也有別於本案之聲請人與部分論者所期待的司法英雄¹³⁰，司法院大法官的這項決策，毋寧帶有相當濃厚的最小主義者的色彩。惟本件司法憲政工程的核心議題，在於司法院大法官據以判斷具體憲政運作有無違憲的那條規範紅線，該要怎麼劃、又該劃在哪裡。司法院大法官就此選擇劃設出一條相對寬鬆、但是同時規範總統與國會的憲政紅線：再怎麼激越的政治角力，也不能危及另一個憲政機關的存續與正常運作。這項憲政決策是否合理、妥適，當然還有討論的空間。不過，傳統的司法最小主義，恐怕還不足以充分說明釋字第632號解釋的決策考量與決策結果，因為司法院大法官在本件解釋中，顯然還有開展我國的「憲法機關忠誠原

128 司法院釋字第632號解釋。

129 參見本文（註53）所連結之內文討論。

130 參見例如黃維幸，從第六三二號解釋論立法院多數以程序杯葛議事，台灣本土法學雜誌，99期，頁108-126（2007年）；李惠宗，憲法機關忠誠與立法不作為的違憲性——大法官釋字第六三二號解釋評析，月旦法學雜誌，151期，頁156-168（2007年）。

則」的理論意識¹³¹。就此而言，結構最小主義者這個（最小主義者的）次類型的提出，應該有助於我們去進一步理解與評價像是釋字第632號解釋這樣的用心與努力。

當然，如果要讓結構最小主義不致淪為一個空洞的理論標籤，而是可以具體應用在司法審查實務，並與傳統的司法最小主義有所區隔，我們還需要進一步具體化、操作化結構最小主義的憲政工法。在當代美國民主法（之司法審查）理論的啟發下，本文提出兩項結構最小主義的具體工法建議：(i) 建構合宜民主工程的避風港，以及(ii) 最小主義的結構論。這兩項建議，無疑還非常粗略，更無法滿足司法憲政工程的所有需求。本文在此僅試圖論證，作為一種整合結構論與司法最小主義的理論嘗試，結構最小主義既是可能的（或者說，可以想像的），也值得我們在這個方向上，進一步追求司法憲政工程工法的理論創新。

一、建構合宜民主工程的避風港

傳統的憲法法與司法理論向來不願承認的一個事實是，並不是所有的憲政法制都生而平等¹³²。有的憲政工程經過了憲政社群的深思熟慮，集眾人的智慧與努力；有的則是權力菁英獨排眾議或者私相授受下的產物。程序取向的（process-oriented）民主法結構論十分重視這種制度決策的實際過程／政治動態，因為這方面的資訊有助於憲法法院判斷，系爭制度安排的真正意圖，究係在追求社群共善，抑或政治自利¹³³。美國民主法學者Richard Pildes進而主張，法

131 參見李惠宗（註130），頁163-165。

132 Pildes, *supra* note 1, at 138.

133 See, e.g., Issacharoff & Pildes, *supra* note 13, at 681; Samuel Issacharoff, *Private Parties with Public Purposes: Political Parties, Associational Freedoms, and Partisan Competition*, 101 COLUM. L. REV. 274, 311-12 (2001); Pildes, *supra* note 1; Dawood, *supra* note 13, at 1463-64; Foley, *supra* note 13, at 748-50. Cf. Adam B. Cox, *Partisan Gerrymandering and Disaggregated Redistricting*, 2004 SUP. CT. REV. 409 (2005); Richard L. Hasen, *Bad Legislative Intent*, 2006 WIS. L. REV. 843 (2006).

院在操作此種聚焦於二階（second-order）議題（也就是制度決策經由何種政治過程產出）的審查模式時，不能只在意決策過程有無瑕疵、權力濫用之情事，也應該要正視、進而肯認政治過程中的良善，也就是民主的憲政工程師為了提升制度決策的品質或民主正當性所做的努力¹³⁴。在討論法院應該如何審查黨派性選區劃分（partisan/bi-partisan gerrymandering）這個棘手難題時，Samuel Issacharoff與Christopher Elmendorf等美國民主法學者更具體建議，法院應該為不受黨派控制的獨立委員會所做的選區劃分設置避風港，也就是對之有所禮遇，使其得以免受嚴格的司法審查¹³⁵。本文認為，結構最小主義者應該設法一般化並擴大適用此等民主法結構論者的創見，也就是在可能的範圍內，積極建構合宜民主工程的避風港：只要一項民主憲政工程的決策機制／政治過程，合於一定的條件，憲法法院就應尊重、不干涉其所為決策。甚且，當一項民主憲政工程在決策程序上存在有各種導致民主失靈的問題時，採取結構最小主義的憲法法院，也應當積極促成民主決策程序的改革或者重建，而儘量避免逕以一階的（first-order）司法憲政工程取代一階的民主憲政工程。畢竟，我們並無法單從民主決策程序的失靈，就推論認為司法審查因此會是比較適當的（一階）憲政決策機制¹³⁶。雖然說民主的憲政工程必須符合哪些標準、做到何種程度才算合宜等二階（second-order）議題，還有待進一步的論辯，才能形成共識，不過這項二階討論的開展本身，應該就有鼓勵民主工程之程序改革與制度創新的積極意義，且在一定程度上有助於降低司法越位的風險。

134 See Pildes, *supra* note 1, at 134-39.

135 See Issacharoff, *supra* note 13, at 641-48; Christopher S. Elmendorf, *Election Commissions and Electoral Reform: An Overview*, 5 ELECTION L.J. 425, 436 (2006).

136 參見本文「參、一」之討論；see also VERMEULE, *supra* note 40, at 17, 40; Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L.J. 31 (1991).

倘若運用這項聚焦於合宜民主工程之（二階）程序建制的憲政工法，司法院大法官或許就可以在司法士兵與司法英雄之外，創造出釋字第721號解釋（2014）的第三種可能：一個結構最小主義者型的司法憲政工程。在這個案子中，司法院大法官所要處理的，是至為基本、重要、卻又因為必須「衡情度勢，斟酌損益¹³⁷」而極其困難的選舉制度工程。由於系爭的選制設計，是由修憲者於2005年時所做成的成文憲法決策，司法院大法官就此還面臨到了一項極為棘手的憲法理論難題，也就是憲法法院能否、乃至如何審查憲法。司法院大法官終究選擇在本案扮演服從修憲決策的司法士兵，儘管有不少論者，對於司法院大法官未有捍衛選舉平等原則的英雄作為，表示遺憾¹³⁸。由於司法院大法官終究不是適格的選舉工程師，本文認為，司法院大法官在本案中的高度自制——亦即不以自己的規範確信，非難或者取代政治部門所為一階選舉工程決策——基本上是值得稱許的。不過，士兵型的司法憲政工程，恐怕不是司法院大法官在本案的最佳選項，因為憲法法院縱有必要節制其對民主憲政工程所為干預，也不表示其必須而且只能為系爭的一階民主決策背書，而完全不論這個決策的做成，是否真夠民主。如果司法院大法官自我期許為一個助成民主（*democracy-facilitating*）、促進民主（*democracy-promoting*）的結構最小主義者，她其實可以而且應該進一步檢討，我們理想中的民主選舉工程，該會如何進行，而系爭的選制決策，實際上又是如何做成的。這項關於民主選舉工程（程序）之理想與現實的考察，目的並不在於強制民主的選舉工程師必須去符合某種行為規範或者正當程序基準，而是為了幫助整個憲政社群，對於系爭選制設計的決策過程以及結果，能有更深刻、更實在的認識與反省。從一個結構最小主義者的觀點而言，釋字第721

137 司法院釋字第721號解釋理由書。

138 參見例如蕭文生（註46）；陳慈陽（註46）；楊承燁（註46）；林春元（註46）。

號解釋從而還是可惜了，因為司法院大法官本可利用這個機會提醒我們，就算2005年的選制修憲並未違反自由民主憲政秩序，關於民主的選舉制度工程這件事，我們還有很大的進步空間。

二、最小主義的結構論

從1980年代John Hart Ely所倡議的代表性強化（representation-reinforcing）理論¹³⁹，一直到近20年間由Issacharoff與Pildes等民主法學者所發展出來的政治反托拉斯理論（the political antitrust approach）¹⁴⁰——結構取向的民主法的司法審查理論，基本上都承襲了可以追溯至美國聯邦最高法院*United States v. Carolene Products Co.* (1938)¹⁴¹一案判決意見之著名「註解四」（“footnote 4”）的二元理論架構¹⁴²。Sunstein認為，這樣的理論架構預設了「法官在大多數的時候應該要做士兵，但是當[民主的]自我治理陷於險境之時，法官就該是英雄。¹⁴³」或許是因為這個二元架構所隱含的自由派色彩，或許是因為在這個劇本裡頭，並沒有多少最小主義者的戲份，在Sunstein看來，至少柏克流的最小主義者，是不會認同這樣的結構論的¹⁴⁴。然而，本文認為，在民主法結構論的基本理論架構下，還是會有、也應該要有最小主義者的活動空間。舉例而言，在操作政治反托拉斯理論的時候，如果憲法法院有相當理由，懷疑系爭的政治規制可能出於反競爭性意圖（anticompetitive intent），但是無法確定其是否會（或者已經）產生反競爭性效應（anticompetitive effects），那麼最小主義就會是適當的、甚至是比較

139 See ELY, *supra* note 13.

140 關於政治反托拉斯理論的文獻回顧，see Su, *supra* note 13, at 6-10.

141 *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

142 關於這項理論架構的介紹與討論，參見林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收於：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會編，現代國家與憲法——李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，頁656-661（1997年）。

143 SUNSTEIN, *CONSTITUTIONAL PERSONAE*, *supra* note 25, at 73.

144 See *id.*

好的審查策略¹⁴⁵。根據Issacharoff的分析，在審理涉及提早投票（early voting）之期間縮短與涉及選民身分認證法（voter ID law）等投票權議題的案件時，晚近美國若干聯邦上訴法院所做的脈絡化權衡，已相當類似美國反托拉斯法上之合理原則（rule of reason）的操作模式¹⁴⁶。相對於反托拉斯法上之當然違法原則（per se rule）的操作而言，有逐案權衡空間的合理原則，無疑是一個會讓司法最小主義者感到自在的工法。有鑑於美國反托拉斯法理論以消費者福祉（consumer welfare）引導、規律反托拉斯法院應用合理原則的成功經驗，Issacharoff進一步倡議開展一個關於選民福祉（voter welfare）的理論，據以引導、規律民主法法院對於合理原則的操作運用¹⁴⁷。這項主張，基本上亦可說是試圖整合結構論（選民福祉理論）與司法最小主義之審查策略（合理原則）的一種理論嘗試。

在權力分立領域，特別是在新興民主國家的憲政脈絡下，本文所主張的結構最小主義，對於憲政傳統究竟具有多少認識論權威（epistemic credentials）這件事，基本上是抱持著比較懷疑與保留的態度¹⁴⁸。換句話說，在維護、促進權力政治的憲政理性這件事情上，本文所設想的結構最小主義者，比起Sunstein在權力分立領域所推崇的柏克流最小主義者，會設法多盡一些心力。不過，對於憲政理念、憲政原則的重視，並不意謂著結構最小主義者就非得致力於發展、適用刺蝟型的大理論，或者必然只能設法提出具體、明確而無政治迴旋空間的憲政規則。相反的，本文認為，結構最小主義

145 See Yen-Tu Su, *Political Antitrust: Rethinking the Constitutional Law of Competitive Democracy* 229 (2010) (unpublished S.J.D. dissertation, Harvard Law School).

146 See Samuel Issacharoff, *Voter Welfare: An Emerging Rule of Reason in Voting Rights Law*, 92(1) *IND. L.J.* 299 (2016).

147 See *id.*

148 參見前揭註123所連結之內文討論。關於憲政義理的不同認識論主張，另參見蘇彥圖（註23），頁159-163。

者還是可以、而且應該積極運用不完全理論化的合意等最小主義者的審查策略，為憲政權力政治的運作，儘可能地容留試誤、爭論的民主空間。在裁決一項有關權力分立的憲政爭議時，以作為結構最小主義者自許的憲法法院，從而也不應高估了自己定紛止爭的權威與能耐，而是會設法引導相關政治部門，以理性、負責的態度，尋求憲政爭議的政治解決¹⁴⁹。認定「副總統與行政院院長二者職務性質尚非顯不相容，惟……由副總統兼任行政院院長，與憲法設置此二職位分由不同之人擔任之本旨，未盡相符。引發本件解釋之事實，應依上開解釋意旨為適當之處理」的釋字第419號解釋，以及針對2000年的核四停建爭議而要求「各有關機關依本解釋意旨，協商解決方案或根據憲法現有機制選擇適當途徑解決僵局」的釋字第520號解釋，基本上即可被解讀為是類似工法在我國的兩則應用實例。這兩件解釋的實質內容是否妥適，當然還有討論的空間，不過，如果僅就這二者作為司法憲政工程的工法與風格而言，我們或許應該給予它們更為積極的正面評價。

伍、結論

不論是有意或者無心，憲法法院在審查、解釋或者適用民主政治之各種制度規範時所為之司法決策，基本上會對相關憲政制度的既有規範狀態，造成或多或少的影響，並從而至少從事後與外部的觀察角度而言，具有憲政工程的功能意義或者作用。不過，相較於憲政爭議裁決與個人權利保護，作為（廣義民主法的）司法審查的其中一個功能面向的司法憲政工程，除了少數司法積極造法的案

¹⁴⁹ See also Aziz Huq, *A Distinctively American Doctrine*, THE NEW RAMBLER (Nov. 25, 2015) (book review), <http://newramblerreview.com/book-reviews/law/a-distinctively-american-doctrine>.

例，一般較少受到我國憲政學者的關注。本文首先援引Sunstein所提出的四種主要的憲政人格典型，概略地檢討我國司法院大法官歷來從事司法憲政工程的風格與經驗。本文發現，若干英雄風格的司法憲政工程（特別是釋字第261、499號解釋），深化了司法院大法官作為憲法維護者的形象與權威，不過也有一些司法院大法官的憲政英雄決策（例如釋字第331號解釋），可能鑄下了司法越權的積極錯誤。在一些案例中（例如釋字第721號解釋），司法院大法官選擇作服從民主政治決策的士兵，可是往往就此必須承受外界的批評與良心的煎熬。有些司法院大法官所為憲政工程帶有最小主義者的色彩（例如釋字第419、520號解釋），惟其容留民主決策之機會與空間的苦心，常被論者質疑是在推諉卸責。針對一些憲政工程議題，司法院大法官則是選擇保持沉默。然而，試圖以選案決策無為而治的司法默者，在我國現行憲法訴訟法制下，無從完全靜默不語。雖然司法英雄較受我國論者之推崇，而士兵、默者與最小主義者風格的司法憲政工程，則較常受到非議，本文發現，一項司法憲政工程所採風格與其品質（功能表現）之間，並沒有必然的對應關係。本文也不認為，司法院大法官歷來所為司法憲政工程，在憲政風格上，有歷史變遷的顯著趨勢可言。

相對於其在人權領域所樹立的威望，司法院大法官在憲政制度／民主法領域所為司法憲政工程，往往毀譽參半，甚至陷於裡外不是人的窘境。我國許多憲政學者認為，問題出在司法院大法官就此所為決策及其論理，在法學方法上往往未盡正確與嚴謹，因此難以服眾。本文則是認為，問題的癥結其實在於司法憲政工程的內在矛盾，而且民主憲政工程的司法化與憲法法化的發展，進一步地強化了這項矛盾。質言之，憲法法院不是適任的憲政工程師，卻又無可避免地必須扮演某種憲政工程師的角色；沒有任何司法審查的制度設計或者理論方法，可以完全解消這項矛盾；司法憲政工程動輒得咎，因此在所難免。本文進而指出，不卑不亢、謹慎自制的司法最

小主義者，設法在內建矛盾的司法憲政工程上，走出一個決策成本與錯誤成本均不至於過高、而且也可以讓眾人雖不滿意但勉強可以接受的中庸之道。可是，窄、淺、逐案裁決、類推論理與不完全理論化等Sunstein所指認的最小主義工法，終究難以確保司法憲政工程的最適發展，甚至可能適得其反，導致一項憲政司法決策，徒有司法最小主義之名，而無保留民主餘地之實。美國民主法學者Gerken就此批判司法最小主義的理論趨避。本文則是補充認為，由於強調、倚重傳統的司法技藝，司法最小主義的傳統工法，有可能使得憲法法院對於司法憲政工程更有自信，以致強化了憲政工程司法化的矛盾。我國許多論者倡議，司法院大法官應強化其所為憲政司法決策的法學方法與理論紀律。惟本文也認為，此項建議固可進一步司法化憲法法院所為憲政工程，但無助於緩解、甚至還會擴大司法憲政工程的內在矛盾。

基於上述分析與反省，本文提出結構最小主義的初步構想。作為結構最小主義者的司法憲政工程師，一方面會重視系統分析與民主法結構論所提供的關於憲政制度運作的理論洞見，另一方面也會致力於實踐司法自制這項角色倫理。本文試圖論證，結構論與司法最小主義這兩種取徑，不僅可以相容，還可以發揮互補的作用。本文進而提出「建構合宜民主工程的避風港」與「最小主義的結構論」這兩項工法建議，以期具體化、操作化結構最小主義對於司法憲政工程的想像與期待。這項理論嘗試，毋寧只是一個開端；對深陷於政治的灌木叢中的憲法法院，本文所提出的結構最小主義能夠提供多少中肯、實用的理論導引，當然也還有待進一步的研發與觀察、驗證。惟不論如何，我們必須正視司法審查作為憲政工程的現實以及困難。這項難題不僅試煉著憲法法院，也在考驗憲法法、民主法的規範理論研究者。

參考文獻

1. 中文部分

- 王鵬翔、張永健（2015），經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17期，頁205-294。
- 吳庚、陳淳文（2015），憲法理論與政府體制，增訂3版，臺北：三民。
- 吳信華（2009），憲法訴訟專題研究（一）：「訴訟類型」，臺北：元照。
- 李念祖（2000），再論「政治問題」理論在我國憲法解釋上之運用，臺大法學論叢，29卷2期，頁43-77。
- （2000），大法官釋憲功能的立法化抑或審判化？——從憲法增修條文第五條第四項看政治民主化的一個基本問題，收於：司法者的憲法，頁1-35，臺北：五南。
- （2013），權力分立制度之違憲審查基準初探——我國與美國憲法案例之對照觀察，收於：司法者的憲法（二），頁465-549，臺北：元照。
- （2013），純規範控制的憲政難題——從釋字第五七二號補充釋字第三七一號解釋談起，收於：司法者的憲法（二），頁551-587，臺北：元照。
- （2015），昨日、今日、明日，論權力分立的憲法解釋方法——以我國釋憲之政治正確意識為觀察中心，憲政時代，41卷2期，頁179-237。
- 李建良（1999），論司法審查的政治界限——美國「政治問題原則」初探，收於：憲法理論與實踐（一），頁269-320，臺北：學林文化。
- （1999），政治問題與司法審查——試評司法院大法官相關

- 解釋，收於：憲法理論與實踐（一），頁2-39，臺北：學林文化。
- （2007），政黨比例代表制與選舉平等原則——以德國聯邦眾議院選舉制度為例，收於：憲法理論與實踐（二），2版，頁171-234，臺北：學林文化。
- （2002），論審判獨立與司法行政命令權之關係——解析司法院大法官釋字第五三〇號解釋，台灣本土法學雜誌，32期，頁43-59。
- 李惠宗（1997），國家組織法的憲法解釋——兼評司法院大法官會議釋字三八七與四一九號解釋，臺大法學論叢，26卷4期，頁13-75。
- （2004），從政黨平等原則論單一選區兩票制，收於：法治斌教授紀念論文集編輯委員會編，法治與現代行政法學：法治斌教授紀念論文集，頁187-211，臺北：元照。
- （2007），憲法機關忠誠與立法不作為的違憲性——大法官釋字第六三二號解釋評析，月旦法學雜誌，151期，頁156-168。
- 林子儀（1997），言論自由的限制與雙軌理論，收於：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會編，現代國家與憲法——李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，頁656-661，臺北：元照。
- （2002），憲政體制問題釋憲方法之應用——美國聯邦最高法院審理權力分立案件之解釋方法，收於：廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集編輯委員會編，新世紀經濟法制之建構與挑戰——廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集，頁5-58，臺北：元照。
- 林明鏘（2007），大法官之憲法解釋與憲法續造，收於：周志宏、許志雄、蔡茂寅編，現代憲法的理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，頁785-808，臺北：元照。
- 林超駿（2006），略論司法院大法官聲請外解釋之作為，收於：超

- 越繼受之憲法學：理想與現實，頁447-466，臺北：元照。
- （2014），初論法庭之友與美國最高法院——兼評大審法草案相關規定，月旦法學雜誌，227期，頁198-231。
- 林春元（2012），法律解釋理論的重新建構——機制取徑與系統性的成本效益分析？，臺灣民主季刊，9卷1期，頁255-267。
- （2015），從國會自律到政黨民主？——從九月政爭談政黨的憲政影響與規範可能，憲政時代，40卷3期，頁299-304。
- （2017），司法審查、選舉制度與民主代表性——從司法院釋字第721號解釋談起，中研院法學期刊，20期，頁155-210。
- 林濁水（2009），歷史劇場：痛苦執政八年，臺北：印刻。
- 周志宏（2002），日本最高裁判所規則制定權之探討——兼評大法官釋字第五三〇號解釋，台灣本土法學雜誌，32期，頁60-69。
- 法治斌（2001），與大法官共治，難嗎？，憲政時代，26卷3期，頁75-92。
- 翁岳生（2009），憲法之維護者——省思與期許（主題演說），收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（六）（上冊），頁1-169，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 張文貞（2002），美國司法規則制定權的理論與實際——兼評司法院大法官釋字第五三〇號解釋，台灣本土法學雜誌，32期，頁70-81。
- （2003），中斷的憲法對話：憲法解釋在憲法變遷脈絡的定位，臺大法學論叢，32卷6期，頁61-102。
- 張文貞、葉俊榮（2005），邁向憲政主義——憲政體制的變遷與解釋，收於：湯德宗編，憲法解釋之理論與實務（四），頁411-460，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 張嘉尹（2002），憲法解釋、憲法理論與「結果考量」——憲法解釋方法論的問題，收於：劉孔中、陳新民編，憲法解釋之理論與實務（三）（上冊），頁1-32，臺北：中央研究院法律學研究

所籌備處。

- (2013), 誰跨越了憲政主義的邊界? —— 「九月政爭」的憲法學詮釋, 台灣法學雜誌, 234期, 頁5-16。
- 許宗力 (1999), 大法官釋憲行使的程序及範圍——從大法官審理案件法與修正草案之檢視談起, 收於: 憲法與法治國行政, 頁88-130, 臺北: 元照。
- (1999), 憲法與政治, 收於: 憲法與法治國行政, 頁1-52, 臺北: 元照。
- (2001), 迎接立法國的到來?! —— 評釋字第五二〇號解釋, 台灣本土法學雜誌, 20期, 頁57-65。
- (2006), 違憲審查程序之事實調查, 收於: 法與國家權力(二), 頁42-74, 臺北: 元照。
- (2014), 2013年憲法發展回顧, 臺大法學論叢, 43期, 頁1031-1074。
- 郭銘松 (1998), 從憲法修正條文之可司法性論政治問題不審查原則——以美國聯邦憲法第二十七增補條款為例, 憲政時代, 23卷4期, 頁1-22。
- (2001), 違憲審查機制解決政治僵局可能性之評估——以司法院大法官針對政治部門權限爭議之解釋為中心, 臺大法學論叢, 30卷2期, 頁251-289。
- 陳淳文 (2002), 從法國法論司法行政命令權, 台灣本土法學雜誌, 32期, 頁107-117。
- 陳柏霖 (2008), 論我國國會政黨比例代表之門檻規定——兼以德國法為比較對象, 憲政時代, 34卷2期, 頁123-152。
- 陳英鈺 (2002), 最高司法機關的規則制定權與司法監督——從德國法論釋字五三〇, 台灣本土法學雜誌, 32期, 頁97-106。
- (2004), 大法官會議對憲法解釋之程序標的與拘束力——從憲法主義與法律主義談起, 收於: 憲政民主與人權, 頁181-236, 臺北: 學林。

- (2005), 民主鞏固與違憲審查——釋字第五八五號的困境, 月旦法學雜誌, 125期, 頁63-77。
- (2013), 假處分定馬、王憲政地位, 台灣法學雜誌, 233期, 頁3-8。
- 陳新民 (2011), 憲法學釋論, 修正7版, 臺北: 三民。
- 陳淑芳 (2011), 德國之國會調查權, 收於: 權力劃分與權限歸屬學術論文集, 頁75-99, 臺北: 元照。
- 陳愛娥 (2004), 違憲審查與司法政策的關係——由程序法的觀點評論司法院大法官釋字第五三〇號解釋, 收於: 法治斌教授紀念論文集編輯委員會編, 法治與現代行政法學: 法治斌教授紀念論文集, 頁145-163, 臺北: 元照。
- (2007), 憲法解釋、立法與普通司法的權限互動: 評司法院大法官釋字第六二七號解釋——以司法院大法官的論述方式為檢討重點, 月旦法學雜誌, 148期, 頁98-115。
- 陳慈陽 (2014), 評司法院大法官釋字第721號解釋, 台灣法學雜誌, 254期, 頁59-76。
- 湯德宗 (2000), 權力分立新論, 增訂2版, 臺北: 元照。
- 黃仁俊 (2016), 開除黨籍與司法審查——黨內民主原則的再出發, 東吳法律學報, 27卷4期, 頁121-126。
- 黃建輝 (1995), 違憲審查與司法造法, 國立臺灣大學法律學研究所博士論文。
- 黃昭元 (2001), 走鋼索的大法官——解讀釋字第五二〇號解釋, 台灣本土法學雜誌, 20期, 頁66-79。
- (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, 收於: 台灣憲法之縱剖橫切, 頁301-342, 臺北: 元照。
- (2002), 司法消極美德的積極實踐——評Sunstein教授的「司法最小主義」理論, 收於: 翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集編輯委員會編, 當代公法新論——翁岳生教授七秩誕辰祝壽

- 論文集(上),頁875-917,臺北:元照。
- (2002),司法院的命令制定權——釋字第五三〇號解釋評析,台灣本土法學雜誌,32期,頁82-96。
- 黃舒芃(2009),憲法解釋的「法適用」性格——從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制訂」的區分探討聯邦憲法院解釋活動的本質,收於:民主國家的憲法及其守護者,頁179-244,臺北:元照。
- (2009),從普通法背景檢討美國司法違憲審查正當性的問題,收於:民主國家的憲法及其守護者,頁315-326,臺北:元照。
- (2009),The Countermajoritarian Difficulty Revisited—An Examination of Bickel’s Theory of Judicial Review from Dworkin’s Perspective,收於:民主國家的憲法及其守護者,頁363-389,臺北:元照。
- 黃維幸(2007),從第六三二號解釋論立法院多數以程序杯葛議事,台灣本土法學雜誌,99期,頁108-126。
- 黃德福、蘇子喬(2007),大法官釋憲對我國憲政體制的形塑,臺灣民主季刊,4卷1期,頁1-49。
- 黃錦堂(2007),論當前的行憲政策與憲法解釋,收於:湯德宗、廖福特編,憲法解釋之理論與實務(五),頁1-54,臺北:中央研究院法律學研究所籌備處。
- 楊子慧(2008),憲法訴訟,臺北:元照。
- 楊承燁(2014),由憲法平等選舉原則評析我國立法委員選舉制度,中研院法學期刊,15期,頁331-400。
- 葉俊榮(2003),從「轉型法院」到「常態法院」:論大法官釋字第二六一號與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡,收於:民主轉型與憲法變遷,頁209-252,臺北:元照。
- (2003),從國家發展與憲法變遷論大法官的解釋機能:1949-1998,收於:民主轉型與憲法變遷,頁253-322,臺北:

元照。

詹鎮榮（2014），論釋憲案件之「程序參加」——以2013年版司法院大法官審理案件法修正草案為中心，憲政時代，39卷3期，頁1-43。

——（2016），總統、政黨與國會之相互關係——以政黨影響國政之憲法基礎及界限為中心，憲政時代，41卷3期，頁421-456。

賈文宇（2017），司法違憲審查中的證據品質與事理觀點——從證據法角度出發的美國經驗與台灣借鏡，中研院法學期刊，20期，頁251-308。

廖元豪（2002），從政治問題理論，論兩岸關係憲法定位之可司法性，政大法學評論，71期，頁27-77。

——（2004），美國憲法釋義學對我國憲法解釋之影響——正當程序、政治問題與方法論之比較，憲政時代，30卷1期，頁1-44。

——（2013），開除國會議長是違憲？，台灣法學雜誌，233期，頁9-13。

蔡宗珍（2010），憲法疑義解釋程序之功能與存廢省思，台灣法學雜誌，148期，頁27-48。

——（2015），我國憲法解釋中的權力分立圖像，憲政時代，40卷4期，頁491-558。

蕭文生（2014），百分之五政黨門檻之合憲性——司法院釋字第721號解釋評析，台灣法學雜誌，252期，頁33-47。

蘇永欽（1994），合憲法律解釋原則——從功能法上考量其運作界限與效力問題，收於：合憲性控制的理論與實際，頁77-142，臺北：元照。

——（2006），沒有方法的解釋只是一個政治決定——簡評司法院第六一三號解釋，月旦法學雜誌，136期，頁6-20。

——（2008），大法官解釋政府體制的方法，收於：尋找共和

國，頁82-125，臺北：元照。

蘇彥圖(2007)，在權利與結構之間——初探美國民主法學的認同與典範，收於：周志宏、許志雄、蔡茂寅編，現代憲法的理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，頁192-233，臺北：元照。

——(2013)，兩種紀律間的戰爭：一個關於台灣當前黨／國國際爭議的敘事與評論，台灣法學雜誌，233期，頁14-18。

——(2014)，釋憲時刻——初探司法院大法官的議程設定及其憲政效應，憲政時代，39卷4期，頁25-69。

——(2017)，憲政民主的死人之手問題——憲法規範權威的初步反省，收於：李建良編，憲法解釋之理論與實務(九)——憲政主義與人權理論的移植與深耕，頁135-199，臺北：中央研究院法律學研究所。

2. 外文部分

Ansolabehere, Stephan, and James M. Snyder, Jr. 2008. *The End of Inequality: One Person, One Vote and the Transformation of American Politics*. New York, NY: W. W. Norton & Company.

Barak, Aharon. 2006. *The Judge in a Democracy*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Bellamy, Richard. 2007. *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Berlin, Isaiah. 1978 (1953). *The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History*. Chicago, IL: Elephant Paperbacks.

Bickel, Alexander M. 1962. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Binghamton, NY: Vail-Ballou Press.

Black, Charles L., Jr. 1960. *The People and the Court: Judicial Review in a Democracy*. Westport, CT: Greenwood Press.

- Booyesen, Susan. 2006. The Will of the Parties versus the Will of the People? Defections, Elections and Alliances in South Africa. *Party Politics* 12:727-746.
- Charles, Guy-Uriel E. 2007. Democracy and Distortion. *Cornell Law Review* 92:601-677.
- Chang, Wen-Chen, Li-ann Thio, Kevin YL Tan, and Jiunn-rong Yeh. 2014. *Constitutionalism in Asia: Cases and Materials*. Oxford: Hart Publishing.
- Comella, Victor Ferreres. 2004. The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism. *Texas Law Review* 82:1705-1736.
- Cox, Adam B. 2005. Partisan Gerrymandering and Disaggregated Redistricting. *Supreme Court Review* 2004:409-451.
- Collins, Todd A., and Christopher A. Cooper. 2012. Case Salience and Media Coverage of Supreme Court Decisions: Toward a New Measure. *Political Research Quarterly* 65:396-407.
- Clark, Tom S., Jeffrey R. Lax, and Douglas Rice. 2015. Measuring the Political Salience of Supreme Court Cases. *Journal of Law and Courts* 3:37-65.
- Dawood, Yasmin. 2008. The Antidomination Model and the Judicial Oversight of Democracy. *Georgetown Law Journal* 96:1411-1485.
- Editorial Staff. 2005. Note: Judicial Approaches to Direct Democracy. *Harvard Law Review* 118:2748-2769.
- Elmendorf, Christopher S. 2006. Election Commissions and Electoral Reform: An Overview. *Election Law Journal* 5:425-446.
- . 2007. Advisory Counterparts to Constitutional Courts. *Duke Law Journal* 56:953-1045.
- Elhauge, Einer R. 1991. Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?. *Yale Law Journal* 101:31-110.

- Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Eule, Julian N. 1990. Judicial Review of Direct Democracy. *Yale Law Journal* 99:1503-1590.
- Fallon, Richard H., Jr. 2010. Jurisdiction-Stripping Reconsidered. *Virginia Law Review* 96:1043-1135.
- Ferejohn, John, and Pasquale Pasquino. 2012. Constitutional Adjudication, Italian Style. Pp. 294-316 in *Comparative Constitutional Design*, edited by Tom Ginsburg. New York, NY: Cambridge University Press.
- Fishkin, Joseph. 2011. Equal Citizenship and the Individual Right to Vote. *Indiana Law Journal* 86:1289-1360.
- Foley, Edward B. 2017. Due Process, Fair Play, and Excessive Partisanship: A New Principle for Judicial Review of Election Laws. *The University of Chicago Law Review* 84:655-756.
- Fontana, David. 2011. Docket Control and the Success of Constitutional Courts. Pp. 624-641 in *Comparative Constitutional Law*, edited by Tom Ginsburg and Rosalind Dixon. Rochester, NY: Edward Elgar Publishing.
- Flanders, Chad. 2007. *Bush v. Gore* and the Uses of “Limiting”. *Yale Law Journal* 116:1159-1168.
- Garrett, Elizabeth. 2002. Is the Party Over? Courts and the Political Process. *The Supreme Court Review* 2002:95-152.
- Gauja, Anika. 2010. *Political Parties and Elections: Legislating for Representative Democracy*. Farnham: Ashgate Publishing.
- Geddis, Andrew. 2002. Gang Aft A-Gley: New Zealand’s Attempt to Combat “Party Hopping” by Elected Representatives. *Election Law Journal* 1:557-571.
- . 2006. Proportional Representation, “Party Hopping” and the

- Limits of Electoral Regulation: A Cautionary Tale from New Zealand. *Common Law World Review* 35:24-50.
- Gelman, Sheldon. 2001. Book Review: The Hedgehog, the Fox, and the Minimalist. *Georgetown Law Journal* 89: 2297-2350.
- Gerken, Heather K. 2002. The Costs and Causes of Minimalism in Voting Cases: Baker v. Carr and Its Progeny. *North Carolina Law Review* 80:1411-1468.
- . 2004. Lost in the Political Thicket: The Supreme Court, Election Law, and the Doctrinal Interregnum. *University of Pennsylvania Law Review* 153:503-540.
- Gerken, Heather K., and Michael S. Kang. 2011. The Institutional Turn in Election Law Scholarship. Pp. 86-100 in *Race, Reform, and Regulation of the Electoral Process*, edited by Heather K. Gerken, Michael S. Kang, and Guy-Uriel E. Charles, New York, NY: Cambridge University Press.
- Ginsburg, Tom. 2002. Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts. *Theoretical Inquiries in Law* 3:49-185.
- . 2003. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York, NY: Cambridge University Press.
- . 2012. Introduction. Pp. 1-12 in *Comparative Constitutional Design*, edited by Tom Ginsburg. New York, NY: Cambridge University Press.
- Goeke, Martin, and Christof Hartmann. 2011. The Regulation of Party Switching in Africa. *Journal of Contemporary African Studies* 29:263-280.
- Green, Craig. 2009. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal* 58:1195-1264.
- Hasen, Richard L. 2003. *The Supreme Court and Election Law: Judging Equality from Baker v. Carr to Bush v. Gore*. New York, NY: New

York University Press.

- . 2006. Bad Legislative Intent. *Wisconsin Law Review* 2006:843-895.
- . 2011. Judges as Political Regulators: Evidence and Options for Institutional Change. Pp. 101-116 in *Race, Reform, and Regulation of the Electoral Process: Recurring Puzzles in American Democracy*, edited by Guy-Uriel E. Charles, Heather K. Gerken, and Michael S. Kang. New York, NY: Cambridge University Press.
- . 2013. Shelby County and the Illusion of Minimalism. *William & Mary Bill of Rights Journal* 22:713-744.
- Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Hofer, Elise. 2014. The Case for Judicial Review of Direct Democracy. *Journal of Law* 4:49-63.
- Huffman, James L., and MardiLyn Saathoff. 1990. Advisory Opinions and Canadian Constitutional Development: The Supreme Court's Reference Jurisdiction. *Minnesota Law Review* 74:1251-1336.
- Huq, Aziz. 2015. Book Review: A Distinctively American Doctrine. *The New Rambler* (Nov. 25, 2015), <http://newramblerreview.com/book-reviews/law/a-distinctively-american-doctrine>.
- Irving, Helen. 2001. Advisory Opinions, the Rule of Law, and the Separation of Powers. *Macquarie Law Journal* 4:105-134.
- Issacharoff, Samuel. 2001. Private Parties with Public Purposes: Political Parties, Associational Freedoms, and Partisan Competition. *Columbia Law Review* 101:274-313.
- . 2002. Gerrymandering and Political Cartels. *Harvard Law Review* 116:593-648.
- . 2015. *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of*

- Constitutional Courts*. New York, NY: Cambridge University Press.
- . 2016. Voter Welfare: An Emerging Rule of Reason in Voting Rights Law. *Indiana Law Journal* 92:299-325.
- Issacharoff, Samuel, and Richard H. Pildes. 1998. Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process. *Stanford Law Review* 50:643-717.
- Janda, Kenneth. 2009. Laws against Party Switching, Defecting, or Floor-Crossing in National Parliaments. Address at the 2009 World Congress of the International Political Science Association (July 12-16, 2009).
- Karlan, Pamela S. 1993. The Rights to Vote: Some Pessimism About Formalism. *Texas Law Review* 71:1705-1740.
- Katyal, Neal Kumar. 1998. Judges as Advicegivers. *Stanford Law Review* 50:1709-1824.
- Katyal, Neal Kumar, and Thomas Schmidt. 2015. Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change. *Harvard Law Review* 128:2109-2165.
- Kędzia, Zdzisław, and Agata Hauser. 2011. The Impact of Political Party Control over the Exercise of the Parliamentary Mandate. Working paper. Inter-Parliamentary Union, NY.
- Klarman, Michael J. 1997. Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem. *Georgetown Law Journal* 85:491-553.
- Lindquist, Stefanie A., and Frank B. Cross. 2009. *Measuring Judicial Activism*. New York, NY: Oxford University Press.
- Lowenstein, Daniel H. 2000. The Supreme Court Has No Theory of Politics—and Be Thankful for Small Favors. Pp. 245-266 in *The U.S. Supreme Court and the Electoral Process*, edited by David K. Ryden. Washington, DC: Georgetown University Press.
- Michelman, Frank I. 1998. Constitutional Authorship. Pp. 64-98 in

- Constitutionalism: Philosophical Foundations*, edited by Larry Alexander. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- Mikva, Abner J. 1998. Why Judges Should Not Be Advicegivers: A Response to Professor Neal Katyal. *Stanford Law Review* 50:1825-1832.
- Molot, Jonathan T. 2004. Principled Minimalism: Restriking the Balance between Judicial Minimalism and Neutral Principles. *Virginia Law Review* 90:1753-1847.
- Mourtada-Sabbah, Nada, and Bruce E. Cain, eds. 2007. *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*. Lanham, MD: Lexington Books.
- Möllers, Christoph. 2013. *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*. New York, NY: Oxford University Press.
- Norris, Pippa. 2015. *Why Elections Fail*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Nikolenyi, Csaba. 2016. The Adoption of Anti-Defection Laws in Parliamentary Democracies. *Election Law Journal* 15(1):96-108.
- Ortiz, Daniel R. 2000. Duopoly versus Autonomy: How the Two-Party System Harms the Major Parties. *Columbia Law Review* 100:753-774.
- Persily, Nathaniel. 2003. Suing the Government in Hopes of Controlling It: The Evolving Justifications for Judicial Involvement in Politics. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 5:607-616.
- Peters, Christopher J. 2000. Assessing the New Judicial Minimalism. *Columbia Law Review* 100:1454-1537.
- Pettit, Philip. 2012. *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Pildes, Richard H. 1999. The Theory of Political Competition. *Virginia*

- Law Review* 85:1605-1626.
- . 2002. Constitutionalizing Democratic Politics. Pp.155-186 in *A Badly Flawed Election: Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, edited by Ronald Dworkin. New York, NY: New Press.
- . 2004. Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics. *Harvard Law Review* 118:28-154.
- Posner, Richard A. 2003. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2012. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review* 100:519-556.
- Przeworski, Adam. 2010. *Democracy and the Limits of Self-Government*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Rave, D. Theodore. 2013. Politicians as Fiduciaries. *Harvard Law Review* 126:671-739.
- Robertson, David. 2010. *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Ryan, James E. 2006. Book Review: Does It Take a Theory? Originalism, Active Liberty, and Minimalism. *Stanford Law Review* 58:1623-1660.
- Schultz, David. 2014. *Election Law and Democratic Theory*. Farnham: Ashgate Publishing.
- Schwartzberg, Melissa. 2007. *Democracy and Legal Change*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Shapiro, Ian. 2003. *The State of Democratic Theory*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- . 2005. *The Flight from Reality in the Human Sciences*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- . 2016. *Politics Against Domination*. Cambridge, MA: Harvard

University Press.

- Siegel, Neil S. 2005. A Theory in Search of a Court, and Itself: Judicial Minimalism at the Supreme Court Bar. *Michigan Law Review* 103:1951-2019.
- Smith, Tara. 2010. Reckless Caution: The Perils of Judicial Minimalism. *New York University Journal of Law & Liberty* 5:347-393.
- Solimine, Michael E. 2015. Judicial Review of Direct Democracy: A Reappraisal. *Kentucky Law Journal* 104:671-697.
- Sunstein, Cass R. 1996. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York, NY: Oxford University Press.
- . 1999. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2005. *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*. New York, NY: Basic Books.
- . 2006. Problems with Minimalism. *Stanford Law Review* 58:1899-1918.
- . 2008. Beyond Judicial Minimalism. *Tulsa Law Review* 43:825-842.
- . 2009. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- . 2015. *Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes*. New York, NY: Oxford University Press.
- Su, Yen-Tu. 2010. *Political Antitrust: Rethinking the Constitutional Law of Competitive Democracy*. Unpublished. S.J.D. Dissertation, Harvard Law School.
- . 2011. Retracing Political Antitrust: A Genealogy and Its Lessons. *The Journal of Law and Politics* 27:1-62.
- . 2016. The Partisan Ordering of Candidacies and the Pluralism

- of the Law of Democracy: The Case of Taiwan. *Election Law Journal* 15:31-47.
- Stone Sweet, Alec. 2000. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. New York, NY: Oxford University Press.
- . 2012. Constitutional Courts. Pp. 816-830 in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld and András Sajó. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Sykes, Diane S. 2015. Minimalism and Its Limits. Pp.17-34 in *Cato Supreme Court Review: 2014-2015*, edited by Ilya Shapiro. Washington, DC: Cato Institute.
- Tate, C. Neal, and Torbjörn Vallinder, eds. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, NY: New York University Press.
- Thayer, James Bradley. 1893. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review* 7:129-156.
- Thompson, Dennis F. 2002. *Just Elections: Creating a Fair Electoral Process in the United States*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Topf, Mel A. 2001. State Supreme Court Advisory Opinions as Illegitimate Judicial Review. *The Law Review of Michigan State University, Detroit College of Law* 2001:101-137.
- Tushnet, Mark. 1999. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Vermeule, Adrian. 2006. *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2011. *The System of the Constitution*. New York, NY: Oxford University Press.
- . 2012. Collective Wisdom and Institutional Design. Pp. 338-367 in *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*, edited by

Hélène Landemore and Jon Elster. New York, NY: Cambridge University Press.

———. 2014. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press.

Waldron, Jeremy. 1999. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.

———. 2006. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal* 115:1346-1406.

———. 2016. *Political Political Theory: Essays on Institutions*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Williams, Kieran. 2005. Judicial Review of Electoral Thresholds in Germany, Russia, and the Czech Republic. *Election Law Journal* 4:191-206.

Judicial Review as Constitutional Engineering: A Structural Minimalist Approach

*Yen-Tu Su**

Abstract

When adjudicating cases concerning the separation of powers and the law of democracy, a constitutional court assumes, more or less, the role of a constitutional engineer. As intensified by the judicial constitutionalization of democratic politics, this function of judicial review has generated great unease among students of constitutional democracy, because it is widely held that judicial review is not an ideal forum for democratic institutional design. Using the typology of Cass Sunstein's *Constitutional Personae* (2015), this article first analyzes the record of Taiwan's Constitutional Court as a constitutional engineer of varying styles. This article finds potentials as well as pitfalls in all types of judge-made constitutional engineering, which confronts the Court with a genuine paradox: Whatever the Court does and however methodical it is, the Court is bound to assume a role that goes beyond its competence and legitimacy. While being sympathetic to the age-old plea for judicial self-restraint in so far as constitutional engineering is concerned, this article criticizes the conventional judicial minimalism for being theory averse, and for its reliance on judicial craftsmanship, a source of judicial overconfidence. This article proposes a structural minimalist approach that seeks to integrate the insights of structuralism in the law of democracy and the moral teachings of judicial minimalism. The Court is further advised to create safe harbors for appropriate

* Associate Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.

democratic engineering, and to practice minimalism while applying structural approaches.

KEYWORDS: Taiwan's Constitutional Court, judicial review, constitutional engineering, political institutions, separation of powers, the law of democracy, constitutional personae, judicial minimalism.