

- 書評: *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* [新興民主國家的司法違憲審查: 亞洲的憲法法院] by Tom Ginsburg [湯姆·金斯堡] (Cambridge University Press, 2003, Paperback, 295 pp., ISBN 521520398)

## 司法違憲審查的政治起源?

### — 科際整合取向的探討

張文貞

國立臺灣大學

1990年代初開始的第三波民主化 (the third wave democratization), 使目前全球約莫有三分之二的國家接納民主選舉的政治制度, 成效斐然。不過, 有意思的是, 這樣一個全球民主化的現象, 對於各國在憲政 (constitutionalism) 與法治 (rule of law) 上的發展, 是否產生特定的影響? 這個問題意識, 便是金斯堡寫作本書的出發點。而他也確實觀察到第三波民主化與新興民主國家建立司法違憲審查 (judicial review) 制度的關連。在民主化的過程中, 絕大多數新興民主國家在採納民主選舉、制定或修改憲法之外, 也會同時建立新的 (或強化既有的) 憲法法院, 積極展開司法違憲審查。

金斯堡教授於 2000 年開始在美國伊利諾州大學香檳分校區任教, 他是美國加州柏克萊大學的博士, 同時具有法學與政治學的訓練, 本書則是改寫自他的博士論文。本書在 2003 年出版不久, 即榮獲美國政治學會頒發「赫爾曼·普力切」獎, 被譽為是當年探討法律與法院制度中最傑出的一本。金斯堡教授

---

張文貞 國立臺灣大學法律學院助理教授, 研究領域為憲法、比較憲法、公法與管制理論。  
**Wen-Chen Chang** is assistant professor at Law College of National Taiwan University. Her current research areas include constitutional law, comparative constitutionalism, public law and regulatory theories.

\*The English title is *Political Foundations for Judicial Review: An Interdisciplinary Inquiry*.

兼跨法律學與政治學研究的優勢，可以從本書的問題意識以及研究方法中充分獲得證實。一般在處理第三波民主化議題的政治學者，鮮少關心其中涉及的法律意涵或法院角色；而一般在討論司法違憲審查的法律學者，也通常不會去關心司法違憲審查制度所處之政治社會脈絡，遑論探討司法違憲審查的建立與民主化的脈絡其中可能的關連。事實上，此一被法律學與政治學所忽略的問題，其實需要跨科際整合（interdisciplinary approach）的問題意識以及研究方法，才能作比較精確適切的處理，而這也正是金斯堡教授這本書所具有一個非常突出的特色所在。

事實上，科際整合研究（interdisciplinary approach），從1960年代開始就逐漸在美國法律研究中嶄露頭角，法律與社會、法律與人類學、法律與歷史是最初三個經典的整合取向。美國法律與社會學會（Law and Society Association）在1964年成立，迄今已超過半個世紀，其會員包括美國以及美國以外的社會學者、人類學者、政治學者以及法律學者，是目前此種科際整合學會中人數最多、運行也最成功的學會。1970年代之後法律與經濟分析興起、甚至成爲顯學。而在法律與政治的整合上，其實法律與政治理論原本就有非常密切的關係，但法律與政治科學（更精確地說是政治行爲科學）或政治學中的實證研究取向（empirical study）作更密切的整合研究，是在1980年代之後才逐漸產生的趨勢（Calabresi, 2003）。其實，探討新興民主國家非常有名的一位耶魯大學政治學者、目前已退休的林茲（Juan Linz）教授，他本身除了具有政治學的博士外，也曾受過法學訓練。金斯堡教授受博士訓練的加州柏克萊大學，尤其是其法學院，近幾年更是被認爲是非常重視科際整合與實證研究的少數頂尖法學院（George, 2006）。從這一點我們就不難理解爲什麼金斯堡教授對新興民主國家的司法違憲審查，會採取一個兼跨法律學與政治學的研究取向。

那麼，金斯堡教授又是如何兼從法律學與政治學的研究取向，來理解、探討新興民主國家的司法違憲審查？他如何解釋新興民主國家在接納民主選舉制度的初期，爲何願意建立或強化司法違憲審查制度，使少數法官可

以推翻這全新多數的民意所制定的法律？司法違憲審查此一具有反多數決（*countermajoritarian*）傾向的憲政主義機制，在民主先進國家往往必須累積相當時間才足以採用，新興民主國家在民主化初期就大膽移植或採用此一制度背後的原因何在？

不同於一般法律學者在解釋司法違憲審查的起源，多以法律移植（例如受到美國司法違憲審查或歐陸憲法法院等制度之影響）、法理論（例如奧地利學者克爾生的法階層論）、或憲政主義的普世價值（例如認為憲政主義即當然涵括司法違憲審查）等，金斯堡教授在本書中則是從政治學（更具體地來說是政治行為科學）來解釋司法違憲審查制度被實際採用的原因。他提出所謂「保險理論」（*insurance theory*），認為在制憲（或修憲）時，制憲（或修憲）的政治多數之所以願意接納使少數法官得以否決其多數意見之司法違憲審查，其實是基於一種風險控管的保險心態。亦即，雖然制憲（或修憲）多數在制憲（或修憲）當時是多數，但難保將來在憲法制定（或修改）之後還是有可能成為少數，因此如果在制憲（或修憲）當時一味貫徹多數意見而僅重視多數民主機制的話，將來萬一在民主政治運作過程中成為少數，難保不會全盤皆輸，甚至受到今日少數之報復。因此，司法違憲審查，其實是多數對將來可能成為少數的一種保險，仍是基於政治理性計算的決定，談不上有何反多數決（*countermajoritarian*）之問題。他進一步分析，如果在制憲（或修憲）當時的多數，愈可能在制憲（或修憲）之後就成為少數，這樣的多數愈可能在制憲（或修憲）當時積極採納司法違憲審查制度，甚至願意給予法院相當強大的權限，並期許將來發揮司法積極（*judicial activism*）的功能（pp. 22-27）。

本書除了大膽提出此一司法違憲審查的「保險理論」外，更重要的是作者也同時將此一理論與先進以及新興民主國家的經驗作對照分析。在本書第四章中，金斯堡教授分析過去三波司法違憲審查建立的高峰，包括美國 1803 年聯邦最高法院判決在 *Marbury v. Madison* 一案建立司法違憲審查的政治脈絡，二次戰後西德聯邦憲法法院建立與戰前多數面臨成為少數危機之間的關連，以及

最近第三波民主化國家設立憲法法院或強化違憲審查的具體政治脈絡，都可以很清晰看出制度選擇背後的多數的「保險」動機(pp. 91-105)。雖然部分歷史以及具體政治脈絡的論述，有流於簡化或化約的問題，但本書在這部分的討論仍清楚展演了作者結合政治、歷史與法律論述的功力，使讀者也不得不基本上同意在此一科際整合的取向，再與作者就更具體的歷史與政治的論述，作更細緻的論辯。其實，對司法違憲審查的起源進行歷史與政治的探討此種研究取向，在去(2005)年亦有一重量級的著作出現：美國耶魯大學法學院憲法講座教授布魯斯·艾克曼(Ackerman, 2005)《制憲先賢的挫敗？》，以結合政治與歷史的全新取向，來探討前述 *Marbury v. Madison* 一案建立司法違憲審查制度的真正起源。

除了提出前述之保險理論外，金斯堡教授亦進一步運用政治行為科學的分析來探討職司違憲審查的法院在組織、權限、功能、甚或裁判的方式與效果，認為法院確實是一個策略行動者(strategic actor)，在政治部門可容忍的範圍內，其表現可以有一個「低度均衡」(low equilibrium)或「高度均衡」(high equilibrium)(pp. 66-77)。不論是否贊同金斯堡教授在許多具體意見上的結論，本書最大的閱讀樂趣，尤其是對已經習慣閱讀傳統法律釋義學的讀者來說，恐怕還是在這個部分可以看到一個非常精彩的法律與政治之科際整合取向的分析展演。

最後，最能令亞洲、尤其是台灣讀者眼睛一亮的，還是本書在第五、六、七章中對台灣、蒙古與南韓的民主化過程以及其強化(或建立)司法違憲審查的完整討論。這三個章節主要植基於金斯堡教授的博士論文，其中花費相當的時間與力氣在這三個亞洲新興民主國家進行訪談與實證瞭解。金斯堡教授雖然不通中文，但第五章對台灣民主化過程與司法院大法官強化違憲審查功能連結間的深度探討，除了少數細節仍可吹毛求疵外，可以說是瑕不掩瑜。他認為，台灣的司法院大法官在1980年代到1990年代初期的民主化過程中，基本上並非居於主導，而是跟隨著政治民主化的趨勢，要一直到1994年第六屆大法官

就任之後，才算真正在司法違憲審查功能的發揮上取得自主性（p. 354）。不過，他認為台灣的大法官也是一個表現「高度均衡」的策略行動者，在陷入高度政治爭議的權力分立衝突的一端，與積極保障人民權利樹立司法權威的另外一端之間，展現高度均衡（p. 357）。金斯堡教授此種結合法律與政治的精彩分析，基本上是令人激賞也耳目一新的，但其結論對台灣的讀者，尤其是法律學與政治學界的讀者來說，是否能夠贊成，就是另外一個問題了。

### 參考文獻

- Ackerman, Bruce (2005). *The Failure of Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Calabresi, Guido (2003). "An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and the Allocation of Body Parts." *Stanford Law Review*, Vol. 55 (June): 2113-51.
- George, Tracy (2006). "An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools." *Indiana Law Journal*, Vol. 81, No. 1: 141-60.