

## 美國司法違憲審查理論基礎之一：

# 成文憲法與憲法優位

陳文政

眾所週知，美國憲法是世界上第一部成文憲法，根據此一憲法所創設的憲法制度，在實踐經驗中具有相對的優越性。美國前總統羅斯福（Franklin Roosevelt）即指出：「正如聖經一般，憲法值得一讀再讀。」（註一）亦有學者視其為「人類智慧創作中之最佳作品」「不僅為過去不同世代之美國人民，抑且為永無止境之後代子孫而設。」（註二）

美國憲法之所以能在歷史流變和實踐經驗中，發揮其制度設計之優越性和政治運作之規範作用，實有賴於美國聯邦法院（尤其是美國最高法院）司法違憲審查權之運用。戴雪（A. V. Dicey）即視為美國聯邦法院和最高法院為美國憲法制度的基石。（註三）

然而，吾人必須進一步探究，倘若美國聯邦法院和最高法院之司法違憲審查是美國憲法制度之基石，那麼美國司法違憲審查所賴以建構之理論基礎又是什麼？根據憲法學者卡培里提（Mauro Cappelletti）及柯恩（William Cohen）的研究指出，分散制司法違憲審查（美國即為分散制司法違憲審查之代表）的理論基礎可論證如下：（註四）

- （一）、法官的功能是，在具體個案中適用法律必須解釋法律。
- （二）、解釋法律之明確準則是，兩項法律相互抵觸時，法官應適用較優勢者。

(三)、面對兩項規範效力相同之法律，應依「後法優於前法」及「特別法優於普通法」原則加以適用。

(四)、面對兩項規範效力不同之法律，應依「高位法優於低位法」原則加以適用。

(五)、結論是，任何法官在面對一般法規範牴觸憲法時，必須適用憲法。

上述論證之核心概念有二：一是司法本質，另一則是憲法優位 (Constitutional Supremacy)。

此外，我國憲法學者劉慶瑞則認為，美國司法違憲審查的理論基礎有三：(註五)

(一)、根本法的觀念。

(二)、權力分開理論。

(三)、司法獨立理論。

從前述憲法學者的見解中，雖然有助於吾人瞭解美國司法違憲審查的理論依據，惟皆有所疏漏，尚不足以提供完整的概念架構。本文嘗試以宏觀的 (Macroscopic) 角度，就美國憲政發展的歷史脈絡加以審視縷析，吾人發現，建構美國司法違憲審查的理論實包括：

(一)、成文憲法與憲法優位。

(二)、權立分立與制衡原則。

(三)、多數統治與少數權利。

(四)、法治主義與司法本質。

(五)、聯邦體制與保障人權。

本文首先就成文憲法與憲法優位一節論述如后：

## 一、成文憲法

成文憲法之歷史淵源，最早可遠溯至中世紀時期君主與封臣（*vassals*），或君主與人民代表間之正式協定（*formal pacts*），這些協定被視為是人民意志的表達。（註六）不過，這些文件與現代意義之成文憲法並不相同。（註七）

現代意義之成文憲法是指將國家基本組織、人民權利義務、國家政策的基本規定，具體有系統地統一制定於一部法典之中者。（註八）當然，也有些是由二個或幾個具有憲法性的法律文件所組成。（註九）

成文憲法與美國司法違憲審查有何關聯性呢？或者更貼切地說，成文憲法何以構成美國司法違憲審查之理論基礎呢？本節擬分（一）成文憲法的特性，（二）美國成文法思想兩方面加以論述。

#### （一）成文憲法特性與美國司法違憲審查

在成文憲法的特性中，與司法違憲審查有直接關係者有二、剛性和簡明性。

首論剛性，一般而言，成文憲法皆具剛性性格，亦即憲法的制定與修改必須經由特定機關以特定程序始得為之。例如，美國聯邦憲法第五條規定：「國會遇有兩院議員三分之二人數認為必要時，得提出聯邦憲法修正案，或因各州三分之二之州議會請求，召集會議以提出修憲案。以上兩種情形中之任何一種修正案，經由各州四分之三州議會批准時，即成為聯邦憲法之一部分而發生效力。」（註十）如此的修憲過程是既煩瑣又困難，亦即要經過提案與批准兩道手續，（註一一）要通過殊為不易。成文憲法之剛性性格，與一般法律之制定與修改迥然不同，當然會使憲法本質上所具備的「位階的優越性」，以及憲法所內涵之個人與社會的價值，透過「剛性」的法的保障，而具有相對的不易或不可變動性。（註一二）

上述剛性憲法之不可變動性，一方面固然可維持憲法位階之優越性，以排拒一般法律的違逆與侵犯，但另一方面卻促使法院必須透過司法違憲審查機能來活絡憲法之生命力，以肆應多變的世局需要。從

而，司法違憲審查在本質上乃與剛性憲法發生密切關聯。（註一三）美國長達兩百多年的憲法史上，僅增修二十七條，而卻能透過聯邦法院（特別是美國最高法院）的司法違憲審查判例，使美國憲法成爲一部活的憲法（*living Constitution*），就是最好的明證。

其次，就成文憲法的簡明性而言。成文憲法在形式上即是以簡明性和原則性的文辭敘述，來規範國家構成、人民權利義務及國家其他重要政策。尤其是，憲法之成文化發展，使自然法思想所揭櫫的個人和社會價值（如公平、正義、合理等）經由簡明且實定的最高規範予以表現。因此，「本質上必然不可避免之以籠統曖昧的文言用辭來表現，於是條文詞句之晦澀不明、疑義滋生，有待解釋闡明之處必不少。」（註一四）職是，爲了闡釋成文憲法因簡明特性而衍生之衆多疑義，以及填補制憲文義因時空轉換而產生之語義落差，現代立憲國家多有賴於司法機關發揮其違憲審查職能，以求解決。美國憲法全文僅約六千字，至爲簡明，而且制定於十八世紀。然而，這部憲法至今猶能適用於美國社會，其主要原因即在於美國聯邦法院能充分發揮其司法違憲審查權能有以致之。

基於上述成文憲法理論上之剛性性格與簡明特性，方使司法機關有其著力點，並藉以實施司法違憲審查，實現憲法所標榜的理想與價值。憲法學者李鴻禧就曾指出：「依成文憲法理論，本質上就涵蓋有違憲之國會立法應爲無效，不能視爲法律之意義在內。因立法權能乃憲法賦予，就不能高於或乖違憲法本身。所以法院在此種情形下，必須實施『司法審查』（*Judicial Review*），以判斷該當法律是否違憲，並宣告違憲之法律無效，而適用聯邦憲法或合於聯邦憲法之法規。」（註一五）由此可見，美國司法違憲審查之建立，與成文憲法之特性實有密不可分之關係。

#### （二）美國成文法思想與美國司法違憲審查

美國於獨立前即已孕育出成文法思想，早在殖民地時期，美洲人民已培育出以成文法典或以具體文書登載之方式來確立其基本法的習慣。例如，西元一六二〇年之「五月花協議」（*Mayflower Compact*）

，一六三九年之「康乃狄克基本規定」(Fundamental Orders of Connecticut)，以及一六二〇年後至獨立前各殖民地之特許狀( Charter )等，在在顯示出北美殖民地人民希望以基本文書來規範集體行動之意願(註一六)。

爾後，美國各州紛紛制定州憲，但仍將歷來之殖民地特許狀照樣保存。美國各州州憲可以看做是世界上最初的成文憲法。(註一七)這些州憲甚且有違憲審查之設計，如賓夕凡尼亞州( Pennsylvania )，佛蒙特州( Vermont )設有 Council of Censors，紐約州( New York )憲法設有 Council of Revision，對違反州憲之法案可行使否決權，阻止其生效。(註一八)此外，美國聯邦憲法制定前後，各州法院亦曾在具體系爭案件中，宣告州法律違反州憲法而無效，其中較有名的案例有：(註一九)

1. 一七八〇年紐澤西州( New Jersey )之 Holmris V. Walton . . .
2. 一七八六年羅德島( Rhode Island )之 Trevett V. Weeden . . .
3. 一七八七年北卡羅萊納( North Carolina )之 Bayard V. Singleton . . .

上述這種在北美各州間，以成文法思想為起點，且視憲法為最高法位階，進而延伸出司法違憲審查之發展路徑，同樣可在美國聯邦憲法內容、開國先賢的成文法思想及重要判例中窺出成文法與司法違憲審查間之緊密關聯性。

首先，在美國聯邦憲法內容方面。美國憲法第六條第二款規定「本憲法，與依本憲法所制定之合眾國法律，及以合眾國之權力所締結或將締結之條約，均為全國之最高法律，縱與任何州之憲法或法律有牴觸，各州法院法官均應遵守之。」(註二〇)此一明文規定已然表彰了制憲者將憲法設定在最高法位階之意圖，從而美國憲法在美國法律體系中擁有至高性( Supremacy )。此一至高性，非但為制憲者所明示，且因美國憲法係由各州批准生效而為全國人民所確認。此外，美國憲法第三條第二項規定「……關於大使、公使、領事、及一州為當事人之案件，最高法院有初審管轄權。對於前項所述其他一切案

件，最高法院有關於法律與事實之上訴審管轄權，但須依國會所定之例外與法令之規定。」（註二一）依據本條文，美國最高法院得行使其初審管轄權及若干上訴審管轄權。雖然，上訴審管轄權範圍須受國會法令拘束，惟至少最高法院仍可依據憲法第三條第二項第二款初審管轄權之明文規定，審理初審案件。至此，在邏輯上可推論如下：

1. 美國成文憲法具有法位階至高性。
2. 美國最高法院依憲法得行使管轄權，審理案件。
3. 最高法院行使管轄權審理案件，須以憲法為終局依據。
4. 最高法院審理案件既須以憲法為終局依據，故遇有法律違憲，應宣告其無效而不予適用。

由是，美國司法違憲審查之行使，即可從成文憲法之內容中，依邏輯推理而獲致理論上之自然結論。

其次，在美國開國先賢之成文法思想方面。美國開國元勳們雖然移植和繼承了英國的立憲主義思想，惟對英憲之不成文憲法和立法權優越思想，大都抱持排拒態度。（註二二）有「憲法之父」（Father of the Constitution）之稱的麥迪遜（James Madison）即在「聯邦論」（Federalist）第四十八號中強調，「權力本身具有侵略性，必須加以有效的限制，使它不致越出指定的範圍。」並主張人民應制定成文憲法以「文書之防堵」來遏阻權力侵犯的本質。此外，在憲法法典有關政治機構規定中，翔實明確劃分各權力機構之權力範疇（註二三）。除麥迪遜外，傑佛遜（Thomas Jefferson）亦以成文憲法為美國特殊的安全防衛措施（註二四）來肯認成文憲法的重要性。另一位開國元勳哈彌爾頓（Alexander Hamilton）則更進一步強調，一部成文憲法與獨立的法院，在邏輯上不可避免地賦予了法院司法審查之權（註二五）。哈彌爾頓且直言「法院之職責是要宣布一切違反憲法意旨的法案無效」「憲法事實上是，而且應該是被法官視為基本法」（註二六）由上述美國開國先賢肯認成文憲法，並以憲法為

基本法，以及法院得宣布違憲法案無效等思想，足以進一步佐證司法違憲審查以成文憲法為基礎之邏輯關係。

第二，就重要司法判例而言。美國係判例法國家，奉行「判例拘束原則」（doctrine of stare decisis）。前已述及，美國各州曾於聯邦憲法制定前後，即有司法違憲審查先例。然最具象徵意義之判例，仍非以「馬柏里控麥迪遜」（Marbury v. Madison）一案莫屬。今試以該案判決內容說明司法違憲審查係以成文憲法為基礎之要旨。

約翰·馬歇爾（John Marshall）首席大法官在「馬柏里」案判決文中說道：

「立法權是經過定義而有其界限的，而此等界限不容誤解或遺忘，蓋憲法是成文的……。

一項至為簡單以致不容懷疑的道理是，憲法控制任何違背憲法之立法；否則立法機關即可以普通的立法變更憲法……。

：憲法究竟是一項至高而不能超越的法，不容以一般方法加以變更？或者只是與一般立法同位階，當立法機關欲予變更即可變更？

如果前者為是，則與憲法抵觸之法律即不是法；如果後者為是，則成文憲法只是人民所為的荒謬意圖……。

當然，所有參與制定成文憲法者認為，他們在建構根本而至高之國家大法。因此，政府必須服膺違憲法律應屬無效的理論。

此一理論必附麗於成文憲法，也因此為本院認定是吾人社會的根本原則之一……。（註二七）

美國最高法院此一判決文表徵以下三點意涵：

1. 美國成文憲法為美國最高法位階之根本法；
2. 一般立法違憲者應予宣告無效；

3. 最高法院從事違憲審查必以成文憲法為基礎。

由以上論述可知，無論是基於成文憲法的特性，或者是基於美國憲政史上之成文法思想淵源，皆足以印證，美國司法違憲審查係以成文憲法為理論基礎。雖然，偶有論者指出「一部成文憲法與法院是否擁有司法審查權並無必然的關係。」（註二八）或謂「成文憲法並不當然就可推論出司法審查權之結果。」（註二九）類似論述，祇能說明「有成文憲法者未必有司法違憲審查」，卻不能否定「司法違憲審查須以成文憲法為基礎和必要條件」（註三〇）蓋惟有成文憲法方能提供釋憲者相互對話的語言基礎，提供法官行使違憲審查之最終準據。

## 二、憲法優位

與成文憲法密切相關，同為美國司法違憲審查理論基礎之一的概念是「憲法優位」（Constitutional Supremacy）。

（一）法位階論與美國司法違憲審查

純粹法學之法位階論由奧地利法學者凱爾生（Hans Kelsen, 1881-1973）首創之純粹法學（Reine Rechtslehre, Pure Theory of Law）「係一種實證法的理論（A Theory of Positive Law），它不是特殊法秩序理論，而是實證法的一般理論」，「它要使法科學從所有無關的因素中獨立出來，這便是它方法論上的基本原則。」（註三一）凱爾生的目的就是從理論上認識實證法（註三二），旨在闡明「法是什麼」及「法如何制定」，而不是回答「法應該是什麼」及「法應如何制定」（註三三）等問題。尤其，主張法律應與道德、正義、政治等有所區分。

法是什麼？依凱爾生之意，法是人類行為之規範，且是強制規範（註三四）。而法學（The Science of Law）是上下規範階層關係之科學。因此，規範（Norm）就成為純粹法學的關鍵性概念（註三五）。



就純粹法學之法位階論而言，法律體系並非是若干法規範橫向並列（地位完全平等）的體系，而是由不同位階之法規範所構成之法位階秩序（註三六）。換言之，法的體系是由上位法規範（Higher Norm）與下位法規範（Lower Norm）所組成的階層體系，上下位法規範的聯結是依據法規範相互間之「妥當性」（Validity），下位法規範的妥當性，係以上位法規範為依據。如此類推上去，便可追溯至最高之規範，亦即凱爾生所稱之「基本規範」（Basic Norm），而基本規範是一種「基本前提」（Initial Hypothesis）不能再議論其妥當性（註三七）。如此，整個法規範體系如同金字塔形，下多上少，下位規範實現上位規範。

就實證法之國內法而言，最上位規範是憲法（註三八），依憲法而制定一般規範，如法律、行政命令，再依一般規範制度個別規範，如法院之裁判或行政機關之行政處分。此外，純粹法學主張上位法規範決定下位法規範之條件，同時擁有否定下位法規範之效果。亦即，基本規範之憲法有撤銷法律之效力，法律有撤銷行政命令之效力（註三九）。

簡言之，純粹法學除了強調法的純粹性外，也重視法秩序的位階理論。而其法位階理論自亦肯認憲法在法位階上之優越性。至於，法秩序之位階應如何維持？純粹法學主張應有違憲審查制度為後盾，以確保法律之有效執行，並提供制裁效應，滿足法秩序位階之一致性。就此而言，美國司法違憲審查制度亦可視為是一種維持憲法優位及法位階秩序之有效機制。

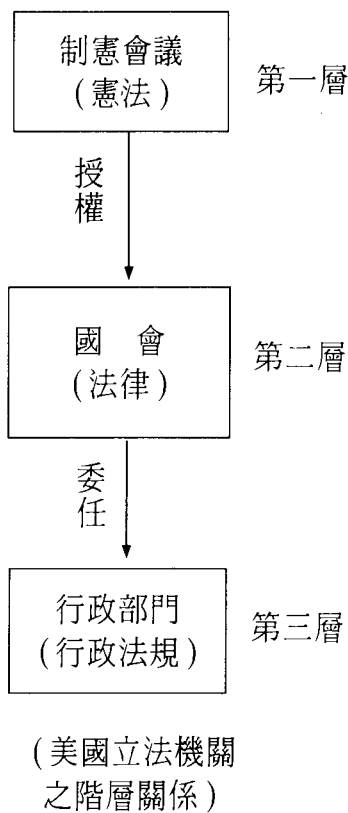
## 2. 法位階性的一般論點

憲法在法秩序的位階上之所以居於至高性，是由於它是人民最高意志的法令（註四〇）。代表人民最高意志之憲法，由於業已凝聚廣泛民衆之意志能量，故能表徵其法的最高規範作用，成就其在法位階之至高地位。

一般而言，法學界及憲法實務界點莫不肯認憲法在國家法位階上，居於至高的、優越的地位。

Brewer - Carrio 教授即說道：「憲法做為有效之法律規範，藉以規範整個政治過程、社會及經濟生活，以及賦予整個法秩序之效力。」（註四一）日本著名憲法學教授清宮四郎，在其「憲法規範之特質」一文中，強調「由國法體系中的授權關係點觀之，憲法居於根源的地位，憲法以下的所有法令均直接、間接基於憲法的授權而存立，且由憲法所派生。」（註四二）我國憲法學者李鴻禧教授則認為「憲法是確定人民之自由與權利諸法則的根源，也是以此為構成要素之高次法（Higher Law）底不磨大典（Standing Law）。」（註四三）

美國憲法開啓了憲法優位的憲政主義新紀元（註四四），此仍因為美國憲法是世界上第一部成文憲法。就美國法的位階而言，憲法在美國之唯一法源，政府各項法令必須從憲法上獲得合法性基礎（註四五）方能據以執行。今試以美國立法機關之階層性來說明美國憲法之優越性：



右圖中第一層之立法機關為制憲會議，由民選制憲代表制定全國最高法律憲法；第二層立法機關為民選議員所組成之國會，依憲法制定法律；第三層立法機關為行政部門，在國會委任授權下訂定行政法規。如此構成美國法律體系之位階性，而憲法居於最優位。

要如何維持這種法位階呢？前已述及，純粹法學主張應有違憲審查制度。而美國正是透過司法違憲

審查來維持憲法之優位性。至於，為何不是由國會或行政部門職司違憲審查工作呢？此乃因為國會依憲法制定法律，行政部門依國會委任制定行政法規，兩者皆扮演立法職能，若由此二者擔任解釋憲法，職司違憲審查工作，無疑是球員兼裁判，勢將造成法位階之紊亂，法秩序亦將難以維持。

## (二) 美國法位階思想與美國司法違憲審查

### 1. 獨立前法位階思想

美國法位階思想於獨立前業已存在。而對美洲殖民地人民法位階思想影響最深者，應屬十七世紀英國王座法庭首席法官（Lord Chief Justice）柯克（Sir Edward Coke）於一六一〇年 *Dr. Bonham's Case* 一案的判決。柯克於判決文中明言：「當國會制定的法律違反一般正義與理性，或有所抵觸，或無法執行者，普通法（Common Law）應支配並宣告此等法律無效。」（註四六）此一判決無異強調普通法優於國會立法。柯克之論雖於光榮革命後因國會優位已告確立而不復見效，但卻為美洲殖民地人民所接受，並且移植至美國本土，成為司法違憲審查有力之理論依據（註四七）。

此外，美洲殖民地時期之法律，皆以英國國王所頒之「特許狀」（Charter）為依據，並據此設置殖民地議會。職是，殖民地法律不得抵觸特許狀，亦不得抵觸英國法律。至於「法律有無抵觸疑義時，殖民地法院有審查之權，但最後由英國樞密院司法委員會（Judicial Committee of Privy Council）裁定之。」（註四八）一七二八年 *Winthrop V. Lechmere* 一案，英國樞密院裁定，康乃狄克（Connecticut）殖民地法律採用財產諸子均分制，違反英國普通法上長子繼承制及特許狀而無效。此為美國獨立前依「依位階思想」而為之裁判上訴先例（註四九）。

### 2. 憲法內容中之法位階思想

美國憲法中關於法位階思想最為明顯者，為憲法第六條。該條規定「……本憲法，與依本憲法所制定之合眾國法律，及以合眾國之權力所締結或將締結之條約，均為全國之最高法律……」（同註二〇）

學者多稱此為「至高性條款」(Supremacy Clause) (註五〇)亦即視憲法之法位階高於合衆國法律及條約。這種見解自有其法理上之道理，蓋若憲法、合衆國法律及條約皆屬同位階，遇有相互抵觸時，應以何者為準據？而「合衆國法律」乃「依本憲法所制定」其法位階自應在憲法之下。用 Hans Kelsen 的純粹法學觀點來說，美國憲法係屬上位法規範，而合衆國法律則是下位法規範。

其次，美國憲法第三條第二項規定「司法權所及之範圍，應包括依本憲法、合衆國法律、與美國所已締結或將締結條約而發生之一切普通法及衡平法的案件：：：」(註五一)而同條又規定「合衆國之司法權，屬於單一之最高法院及國會隨時創設之下級法院」(The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish)。

由上述美國憲法內容，吾人應可推論如下：

- (1) 美國法院(包括最高法院)有權審理案件，以遂行司法權；
  - (2) 法院審理案件時要適用法律，必須解釋法律；
  - (3) 法院解釋法律應以最高法位階之憲法為最終依據。
- 亦即美國司法違憲審查係以憲法優位為理論基礎。

### 3. 美國開國者之法位階思想

根據我國憲法學者李鴻禧的研究指出，「美國從建國父祖們開始，就牢牢地確認憲法乃是自然權、自然正義予以實體規範化的根本法，可以限制包括立法權在內的任何權力。這種思想必然地會為司法審查理念和制度，提供思想和理論的基礎，並襄助其形式和進展。」(註五二)今試以哈彌爾頓(Alexander Hamilton)與麥迪遜(James Madison)之論進一步說明之。

哈彌爾頓於「聯邦論」(Federalist No.78)中強調：「一切抵觸憲法之國會立法皆屬無效。否定這

點，無異於承認代表大過本人；僕人高於主人；議員比人民本身優越。」又說：「解釋法律是法院特有的正常職責：：確定憲法的意義和議會制定之任何一項法案的意義，係屬法官職權以內之事。若二者不相調和，應以具較高社會責任和有效性者優先；易言之，憲法優於法律，人民意思優於代理人意思。此一結論並未假設司法權優於立法權。它只是假設人民的權力大於二者。」（註五三）哈彌爾頓之論明確說明，法院應擁有司法違憲審查權，而且法院在行使是項權力時，應依「憲法優位」原則。

其次，麥迪遜亦強調以司法權捍衛憲法之重要性。他說：「司法權確實是聯邦政府之唯一防衛武器，或者更恰當的說，是美國憲法及聯邦法律之防衛武器。解除此一武器無異廣開廢棄美國法律、無政府狀態及社會動亂之大門。」（註五四）

此外，威爾遜（James Wilson）亦肯認憲法之優越地位，並強調法官應將違憲法令宣告無效（同註五四）。

#### 4. 重要判例中之法位階思想

在美國法院的實務經驗中，吾人亦可看出憲法優位原則與司法違憲審查之密切關係。由於美國法院判例繁多，今僅舉美國最高法院最著名之判例說明之。

誠然，美國最著名的判例是「馬柏里控麥迪遜」一案。首席大法官馬歇爾在判決文中強調「宣示什麼是法律，是司法部門的當然領域與職責。」並於是項判決文結論時說道：「準此，美國憲法文字的特別構造，確定並強化了該構成所有成文憲法共通內容的原則——違憲法律應歸無效，法院以及其他政府部門，均應受憲法拘束。」（註五五）此段判決文，再度闡明了兩項重要意涵：

- (1) 憲法居於美國最高法位階，違憲法律應屬無效；
- (2) 違憲審查係司法部門（法院）之當然職責。

由以上論述可知，無論從純粹法學的法位階思想、法位階之一般論點，或者是從美國殖民地時期之

法位階思想，憲法內容所表徵之法位階理念，美國開國先賢們的法位階觀點，乃至最高法院重要判決文中之法位階思想，在在說明了一個具體而明確的事實，那就是：美國司法違憲審查係以憲法優位為其理論基礎。

### 註釋

- 註 一·Lee Epstein and Thomas G. Walker, *Constitution Law For A Changing America*——Institutional Power and Constraints. 2nd ed. (Washington D.C.:Congressional Quarterly Inc., 1995), P.3.
- 註 二·Ibid.
- 註 三·陸潤康，美國聯邦憲法論（台北，文笙書局，民國八十二年五月增訂再版），頁一八七。
- 註 四·Mauro Cappelletti and William Cohen, *Comparative Constitutional Law*——Cases and Materials (Indianapolis:The Bobbs—Merrill Company, 1979), pp.75-76.
- 註 五·劉慶瑞，比較憲法（台北，三民書局，民國八十二年九月六版），頁六。
- 註 六·See Allan Randolph Brewer—Carrias, *Judicial Review In Comparative Law* (Cambridge:Cambridge University Press, 1989), p.58.
- 註 七·Ibid.
- 註 八·參考朱謙，中華民國憲法理論與制度（台北，五南圖書公司，民國八十四年八月初版），頁九七、一〇六；另參考傅肅良，中國憲法論（台北，三民書局，民國八十年八月增訂初），頁二二。

- 註九：羅豪才、吳擯英、憲法與政治制度（台北，洛克出版社，一九九七年三月初版），頁五。
- 註一〇：U.S.CONST. Art.V, see Sheldon Goldman, *Constitutional Law—Cases and Essays*, 2nd ed. (New York:Harper Collins Publishers, Inc., 1991), p.894.
- 註一一：John C. Shea, *American Government* (New York:St. Martin's Press, 1984), pp.104-105。
- 註一二：李鴻禧，「司法審查的政策形成功能底緒說——以立法權與司審查為著眼」，載台大法學論叢，卷二五，期一，民國八十四年十月，頁三十九。
- 註一三：Brewer-Carias, op. col., p.103。
- 註一四：李鴻禧，「違憲審查思想史之比較研究」載氏著，*違憲審查論*（台北，國立台灣大學法律學系法學叢書編輯委員會編，一九九〇年十月四版），頁八五。
- 註一五：李鴻禧，「美國司法審查制度之虛像與實像（一）」載氏著，*違憲審查論*，同註一四，頁一六九。
- 註一六：同註一五，頁一六〇。
- 註一七：美濃部達吉著，歐宗佑、何作霖譯，*憲法學原理*（台北，台灣商務印書館，民國五十五年四月台一版），頁二七七。
- 註一八：同註一五，頁一六一。
- 註一九：詳細內容請參閱劉慶瑞，*比較憲法*，同註五，頁九至十一。
- 註二〇：U.S. CONST. Art. VI: "This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the Supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to

the contrary notwithstanding."。

註一一·U.S.CONST. Art. III, Sec.2, CL.2:"In all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be party, the Supreme Court shall have original jurisdiction. In all the other cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate jurisdiction, both as to law and to fact, which such exceptions, and under such regulations as the Congress shall make'.

註一二·李鴻禧，同註一一，頁三三三。

註一三·李源禧，同註一一，頁二二四。

註一四·See Philip Bobbitt, "Constitutional law and Interpretation in Dennis Patterson ed., A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory (Cambridge, Mass:Blackwell Publishers Inc., 1996). P.127.值得一提的是，傑弗遜雖肯認成文憲法之重要性，卻不贊成司法部門擁有宣告國會法律違憲之權。參考Henry J. Abraham, The Judicial Process, 6th ed.(New York:Oxford University Press, 1993), pp.312-4.

註一五·任冀平，「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，卷二五，期三，民國八十四年九月，頁五二。

註一六·The Federalist, No.78, in Jacob E. Cooke ed., The Federalist (Connecticut:Wesleyan University press, 1972), pp.524-5.

註一七·See Duane Lockard and Walter F. Murphy eds., Basic Cases in Constitutional Law 3rd ed. (Washington, D.C.:Congressional Quarterly Inc., 1992), pp.12-13; Sheldon Goldman, op. cit., p.175; William A. Kaplin, The Concepts and Methods of Constitutional Law (Durham



, NC:Carolina Academic Press, 1992), pp.13-14.關於中文譯文部份，請參閱馬漢寶主編，美國聯邦最高法院憲法判決選譯——司法審查（台北，司法院秘書處，民國八十四年六月），頁八一—九。

註二八：任冀平，「美國最高法院司法審查權的弔詭」載東海學報，卷三四，民國八十二年六月，頁三一—七。

註二九：桂宏誠，「美國最高法院司法審查權之檢討」載立法院院聞，卷二二，期十一（二五九期），民國八十三年十一月，頁三八。

註三〇：美國知名憲法學者柯爾文（Edward S. Corwin）即明言「成文憲法是司法違憲審查的基礎」See Richard Loss ed., Corwin on the Constitution, Vol.2 (New York: Cornell University press, 1987), p.46.·另一憲法學者卡里亞斯（Allan Randolph《中國人文精神之發展》Brewer—Car'ias）則強調，司法違憲審查的必要條件是成文憲法、剛性特色、憲法優位。See Brewer—Car'ias, op.cit., P.1.

註三一：Hand Kelsen, Pure Theory of Law, Trans, by Max Knight (California: University of California, 1978), P.1; Hans Kelsen, Introduction to the Problems of Legal Theory, Trans. by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson (New York: Oxford University Press, Inc., 1992), p.7.

註三二：林文雄，「凱爾生的純粹法學」載氏著，法實證主義（台北，三民書局，一九八九年四月四版），頁一八四。

註三三：Kelsen, Introduction to the Problems of Legal Theory, op.cit., p.7.

註三四：Kelsen, Pure Theory of Law, op.cit., P.33.

註三五：吳庚，「純粹法學與違憲審查制度」載當代法學名家論文集（台北，法學叢刊雜誌社，民國八十五年初版），頁九四。

註三六：Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, op.cit., P.64.

註三七：參考林文雄，同註三二，頁一八六。

註三八：Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, op.cit., p.64.

註三九：參考吳庚，同註二五，頁九八。

註四〇：引自Raoul Berger, *New Theories of "Interpretation": The Activist Flight From the Constitution*, 47 *Ohio State Law Journal* 4 (1986).

註四一：Brewer—Carrias, op.cit., p.95.

註四二：清宮四郎著，周宗憲譯，「憲法規範之特質」載憲政思潮，期九一，民國七九年九月，頁八一。

註四三：李鴻禧，同註一一，頁三三。

註四四：Mauro Cappelletti and William Cohen, op.cit., P.3.

註四五：Philip Bobbitt, op.cit., P.126.

註四六：Henry J. Abraham, op.cit., P.300.

註四七：李鴻禧，同註一五，頁一六一。

註四八：朱謙，憲政分權理論及其制度（台北，五南圖書，民國八十六年十月初版），頁八五；另見朱謙，「分權制度中司法權的政治功能——由法律合憲審查制度談起」載人文及社會學科教學通訊，卷六期一，民國八四年六月，頁七五。

註四九：至於非上訴案件，美洲殖民地所送呈樞密院之法律，自十七世紀至十八世紀，共有四六九件被

樞密院否決。

See Robert K. Carr, *The Supreme Court and Judicial Review* (New York: Farrar & Rinehart, 1942), P.43; Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, op.cit., p.303.

註五〇·Harry H. Wellington, *Interpreting the Constitution*——*The Supreme Court and The Processes of Adjudication* (New Haven: Yale University Press, 1990), P.22.

註五一·U.S. CONST Art.III, Sec.2: "The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States and treaties made or with shall be made, under the authority..."。

註五二·李鴻禧，同註一四，頁五三。

註五三·Hamilton, *The Federalist*, No.78. in Jacob E. Cooke ed., op.cit., pp.524-5.

註五四·引自Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, op.cit., P.302.

註五五·Duane Lockard and Walter F. Murphy eds., op. cit., pp.13-14.